

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA:
APORTES Y TENDENCIAS
EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE
LA RESPONSABILIDAD DEL FRANQUICIADOR***

**FRANCHISING: CONTRIBUTIONS
AND TRENDS IN COMPARATIVE LAW
ON FRANCHISER'S LIABILITY**

*María Fernanda Navas Herrera**
Andrés Mauricio Mosquera Moreno****

Fecha de recepción: 1 de septiembre de 2009

Fecha de aceptación: 25 de septiembre de 2009

- * Artículo producido en el proyecto de investigación sobre “La interpretación y aplicación del derecho privado: Autonomía privada e incidencia de la buena fe”, de la línea de investigación en “Contratos y responsabilidad civil” del Grupo de Investigación Derecho Civil y Comercial del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana.
- ** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista y Magíster en Derecho de Seguros de la misma universidad. Profesora titular de Derecho Civil - Obligaciones, Contratos y Sucesiones en la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: mnavas@javeriana.edu.co.
- *** Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Magíster en Derecho Económico de la misma universidad. LL. M. de la Freie Universität Berlin (Alemania). Correo electrónico: mosquera_moreno@yahoo.de.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto ilustrar el auge del contrato de franquicia en la sociedad de hoy y presentar algunas tendencias jurídicas en torno a éste como una institución económica de la que se derivan responsabilidades en cabeza del franquiciador. Estas tendencias han sido observadas en diversos marcos y ordenamientos jurídicos. Básicamente, se abordan los temas del deber precontractual de aclaración, la responsabilidad civil y la responsabilidad laboral del franquiciador.

Palabras clave: franquicia, responsabilidad civil, responsabilidad laboral, responsabilidad precontractual.

ABSTRACT

The article aims to illustrate the economic boom of the franchise agreement in society and to present some legal trends around the same as an economic institution of the responsibilities arising from the franchisor's head. These trends have been observed in various frameworks and legal systems. Basically, it treats the issues of pre-contractual duty of clarification, liability and labor responsibilities of the franchisor.

Key words: franchising, civil liability, labor responsibility, pre-contractual liability

INTRODUCCIÓN

La ciencia económica enseña que los mercados no funcionan correctamente sin instituciones que los apoyen. En especial, una economía de mercado necesita de una adecuada noción de derecho de propiedad. Estas instituciones suelen entenderse como el conjunto de leyes, jurisprudencia, doctrina, costumbres e incluso usos que contribuyen a delimitar los derechos de cada individuo en relación con la apropiación, utilización e intercambio de los bienes o servicios producidos¹.

Instituciones como el contrato de franquicia no se crean de la noche a la mañana. Son el resultado de aciertos y desaciertos tanto empresariales como jurídicos y, en últimas, de la visión económica que se adopta por un marco jurídico. Así, vemos como en los países industrializados la figura de la franquicia goza de una amplia difusión y aplicación incluso dentro de las pequeñas y medianas empresas. En este sentido, existe un acervo jurídico profuso, decantado, consolidado que orienta a los empresarios en el mundo de la franquicia. Por ejemplo, existen países como Bélgica, Francia, Italia, España y Grecia que cuentan con un régimen legal aunque también existen países como Alemania y Austria que carecen de una regulación específica sobre el particular, no obstante, se encuentra una profunda tradición jurisprudencial sobre esta institución, que hace posible una combinación de elementos de diversos tipos contractuales, y de marcos legales que, como el derecho comercial, laboral y de los carteles, tienen en mayor o en menor medida una participación en la configuración del contrato de franquicia². En contraste, existen países donde, el marco jurídico es casi inexistente como en Colombia, o bien países que, como Vietnam, han dudado en adoptar un marco jurídico amable con la inversión extranjera³. Hasta el 1.º de enero de 2008 las inversiones extranjeras en el sector de las franquicias de Vietnam fueron bastante limitadas. Sólo podían otorgarse franquicias a través de una sociedad constituida en Vietnam, en la cual su participación no debía ser superior al 49%. Con posterioridad al 1.º de enero de 2008 se eliminó ese porcentaje máximo en dichas sociedades, manteniéndose el requisito de constituir una sociedad con participación local. A partir del año 2009 es posible la participación del franquiciador extranjero en un 100%⁴.

- 1 Juan Fernández de Castro. "Economía y derecho", *Enciclopedia práctica de economía*, vol. 20, p. 31.
- 2 "Franchise-Recht in Deutschland" (El derecho de la franquicia en Alemania), párrafo 1 [en línea], disponible en <http://www.franchiseplattform.de> [citado: 31 de agosto de 2009].
- 3 Cámara de Comercio e Industria de Stuttgart (Alemania) [en línea], disponible en: <http://www.stuttgart.ihk24.de> [citado: 13 de julio de 2009]. Los decretos 23 y 35 de 2007 establecen que las empresas franquiciadoras internacionales deben registrarse en el Ministerio de Economía, y si desean constituir un establecimiento de comercio, se requiere de un permiso adicional. Por el contrario, los franquiciados locales no requieren por dicha condición de un registro o licencia estatal en particular.
- 4 Cámara de Comercio e Industria de Stuttgart (Alemania) [en línea], disponible en: <http://www.stuttgart.ihk24.de> [citado: 13 de julio de 2009].

En ese contexto, se considera conveniente ilustrar algunos aportes y tendencias del derecho comparado que han enriquecido la figura en el ámbito doctrinal a nivel mundial.

EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

El concepto de franquicia, que inicialmente fue visto como una exención para no pagar derechos por mercancías, se concreta hoy en términos de mercado como un sistema de comercialización de productos y servicios⁵. Por este motivo, actualmente el régimen legal se dirige a mejorar el funcionamiento del sector de la venta, distribución y comercialización dentro de un mercado⁶ y las empresas han encontrado en esta figura la forma precisa para desarrollar cadenas de distribución que lleguen a un mayor número de consumidores finales, y aumentar con ello el resultado de sus ventas⁷.

También se ha dicho que la franquicia es un sistema propio del desarrollo económico que ejerce hoy una fuerte influencia en el comercio, pues promueve la creación de redes de establecimientos integrados y con ello la competitividad, así como también consigue eludir la presión de las grandes empresas multinacionales que controlan los mercados⁸ pues es un mecanismo propicio para dar cabida a los pequeños comerciantes y empresarios que pueden ingresar a redes de negocios cuyo éxito ya ha sido probado⁹.

Por otro lado y desde el punto de vista del franquiciador, la llamada “franquicia” es una práctica que supera en ventajas a otras que existen desde antiguo para la expansión de la empresa (red de sucursales), ya que a través de ella, el empresario, sin mantener la propiedad de los canales de distribución, conserva por medio del contrato el control del comportamiento económico de los distribuidores, sin tener que asumir el alto costo que supone la creación de sucursales o de filiales.

Además, el contrato de franquicia presenta una estructura menos rígida en cuanto a que el franquiciador no requiere de la constitución de una sociedad, lo que lo constituye en una alternativa económica frente a las redes de sucursales de costo mayor, tanto de almacenaje de productos como de contratación de personal¹⁰.

5 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles*, III, 319 (6.ª ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2006).

6 Aurora Hernando Jiménez, *El contrato de franquicia de empresa*, 45 (Civitas, Madrid, 2000).

7 Horacio Roitman, “Franquicia. La ley modelo de Unidroit” [en línea], disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf> [consultado: 22 de agosto de 2009].

8 Aurora Hernando Jiménez, *El contrato de franquicia de empresa*, 46 (Civitas, Madrid, 2000).

9 Antonio Vanegas Santoro, *El contrato de franquicia*, XIII (Ediciones Librería El Profesional, Santafé de Bogotá, 1999).

10 Aurora Hernando Jiménez, *El contrato de franquicia de empresa*, 47 (Civitas, Madrid, 2000). Guía Unidroit de franquicia Roma 2005: “La recompensa económica del franquiciador será generalmente inferior a aquella que resulte de un contrato de franquicia de unidad directa o de un acuerdo de

Incluso, siguiendo la doctrina alemana, no se requiere de forma escrita, o la denominación expresa de las partes de que es un contrato de franquicia para que los tribunales de justicia lo cataloguen como tal¹¹. Es decir, si existe un acuerdo de cooperación vertical bajo un sistema de distribución de mercado, en el que existe un control por parte de una de las partes, y la prestación a cargo de ésta comprende un sistema de organización, de mercado, y la concesión u otorgamiento de protección de derechos, estamos en presencia de un contrato de franquicia¹².

La franquicia como una modalidad de hacer negocios, ha mostrado un crecimiento sin precedentes en los años recientes; algunos inclusive han llegado a equiparar su significancia con el logro de la responsabilidad limitada para las sociedades¹³.

1. EL DEBER PRECONTRACTUAL DE ACLARACIÓN

1.1 El caso alemán

Según los principios del derecho civil alemán, corresponde a cada parte de un contrato informarse y analizar los pros y los contras que se generan con la suscripción de éste. Mientras que en ordenamientos jurídicos como en Estados Unidos, España y Francia, la ley de manera expresa dispone el deber precontractual de aclaración por parte del franquiciador, en Alemania todo el contrato de franquicia, carece de regulación¹⁴.

Debido a que usualmente se suscriben cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia, con excepción del BGH¹⁵ que hasta ahora no se ha pronunciado sobre el particular, han desarrollado el concepto del deber precontractual de aclaración, y han dispuesto que el franquiciador tenga que informar y dilucidar los aspectos relacionados en torno a la rentabilidad de la franquicia, antes de la suscripción del contrato. Sólo se puede excusar de dicho deber en aquellos eventos en los

desarrollo de la franquicia. Esto será en cierta medida compensado con los menores costes en que incurre el franquiciador”.

- 11 Oberlandesgericht Köln oLG Köln (Tribunal Superior del Territorio Judicial de Köln), Juicio de 16.05.1994.
- 12 Oberlandesgericht Köln oLG Köln (Tribunal Superior del Territorio Judicial de Köln), Juicio de 16.05.1994. Si una de las partes cobra una tarifa de entrada al sistema de distribución y existe el pago de una tarifa periódica, se entiende que el contrato en cuestión es un contrato de franquicia. En últimas, los comportamientos asumidos por las partes dan lugar a lo que se denomina contrato de franquicia.
- 13 W. Davis, *The innovators*, 221 (Ebury Press, 1987), Statute of Law Review, Oxford Journals, Oxford.
- 14 Franchiserecht. Por: “Franchise Starter”, [en línea], disponible en: <http://www.franchisestarter.de/franchise/recht/> [consultado: 13 de julio de 2009].
- 15 Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Justicia Alemana).

que el franquiciado ya se desempeña como empresario en el mismo sector de la franquicia, o cuando ya conoce el sistema de franquicia proporcionado por el franquiciador¹⁶.

Cuando el posible franquiciado considera suscribir un contrato de franquicia, y empeñar sus esfuerzos financieros y habilidades comerciales, lo hace en el entendido de que este contrato aparece una rentabilidad determinada, por lo que es fundamental para él conocer los hechos relacionados con la franquicia, y en especial ser informado sobre la perspectiva económica a partir de datos reales que le permitan poder tomar una decisión adecuada. Por su parte, el franquiciador, quien conoce la capacidad de éxito de su sistema de franquicia, cuenta con la rentabilidad del mismo como su principal argumento de convencimiento, mostrando que su franquicia tiene todas las posibilidades económicas en el mercado.

¿Existen deberes precontractuales a cargo del franquiciado?, ¿Cuál es el alcance del deber precontractual de aclaración?, ¿Debe comprometerse el franquiciador con un determinado nivel de utilidad en la franquicia?, ¿Qué sucede en el evento en que no se cumpla con el mínimo de rentabilidad propuesto por el franquiciador?, ¿Qué tipo de información debe suministrar el franquiciador al franquiciado sobre la rentabilidad del sistema de franquicia antes del cierre del contrato?, ¿Cómo se puede proteger al franquiciante de métodos poco serios para determinar las ganancias o la utilidad de determinado sistema de franquicia, pero que a su turno pueda mantener abierta la posibilidad de poder colocar en el mercado un determinado sistema de franquicia, de manera tal que un elevado deber de información no imposibilite la comercialización de dicho sistema?

La jurisprudencia alemana ha sido prolífica en relación con los deberes precontractuales de aclaración por parte del franquiciador, pero calla en relación con deberes precontractuales que pueden corresponder al franquiciado. No obstante, en dichos tribunales se ha aceptado la concurrencia de culpas, y consecuentemente la disminución de la indemnización a cargo del franquiciador, siempre y cuando éste no haya obrado con dolo¹⁷. Lo anterior debe ser interpretado en concordancia con § 254 BGB¹⁸ que contiene la concurrencia de culpas, y que establece las siguientes consideraciones:

16 Al respecto ver: OLG München, (Tribunal superior del Territorio Judicial de München) (Juicio de 13.11.1987, BB 1989, 865 f.; Urteil vom 16.09.1993, NJW (Neue Juristische Wochenschrift - Base de Datos Jurídica) 1994, Hoja 10 - 667 ff.

17 Ver: Oberlandesgericht München OLG München (Tribunal Superior del Territorio Judicial de München OLG München, NJW 1994, 667 ff.

18 Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemán).

La obligación de eliminar el perjuicio por quien lo ha inferido, así como la de repararlo debe ir hasta el punto en que el detrimento ha sido ocasionado por el perjudicado, si éste ha contribuido en la conformación del mismo.

La anterior reducción en la indemnización por concurrencia de culpas también tiene aplicación en los eventos en que el afectado debía observar especial cuidado frente a quien causó el perjuicio.

Adicionalmente, los tribunales han advertido la prohibición de “*venire contra factum proprium*” que dispone que nadie puede ir en contradicción de su conducta previa¹⁹, pues las personas están obligadas en los términos de § 242 BGB a actuar de buena fe, y en consecuencia deben propender por el cumplimiento de sus deberes conforme lo requiere usualmente el tráfico jurídico.

En general, se reconoce al franquiciador numerosos deberes precontractuales, pues basta con iniciar negociaciones, para que entre los futuros contratantes se generen ciertos deberes que no tienen su justificación en el cumplimiento del contrato pues este no existe todavía o incluso puede no llegar a existir, sino en su conducta mutua en el transcurso de las negociaciones²⁰.

La doctrina general indica que, tan pronto como se da inicio a la etapa precontractual, las partes tienen el deber recíproco de informarse hasta cierto punto, de aquellos hechos que pueden tener un efecto determinante en el proceder de su contraparte, de lo contrario, se dará lugar a la denominada *culpa in contrahendo*²¹ que genera un deber de indemnización aun en aquellos casos en que las negociaciones contractuales no llegan a término.

La jurisprudencia aplica este principio por ejemplo, dotando al posible franquiciado de elementos para juzgar la rentabilidad del negocio, aunque existe una doctrina minoritaria que se opone a ello, particularmente en el contrato de franquicia.

El profesor Ekkenga niega la garantía de rentabilidad a cargo del franquiciador, sustentándose en el riesgo propio de este contrato, pues a su parecer, el franquiciador no está obligado a garantizar un determinado éxito de la franquicia en el mercado, dado que el contrato de franquicia es un contrato de ejecución sucesiva, en el cual el franquiciador sólo debe comunicar al franquiciado sus actividades de planificación y las labores de coordinación en relación con la franquicia²². Por su parte el profesor Christian Joerges sostiene que el franquiciado debe ser considerado como un empresario autónomo en

19 En: Oberlandesgericht München OLG München (Tribunal Superior del Territorio Judicial de München OLG München, NJW 1994, 667 ff.

20 Andreas Von Tour, Tratado de las obligaciones, p. 113.

21 *Ibidem*, p. 114.

22 Prof. Jens Ekkenga en: Die Inhaltskontrolle von Franchise - Verträgen, 1990, p. 149, citado por Reinhard Böhner. Schadensersatzpflicht des Franchisegebers aus Verschulden bei Vertragsabschluss. NJW 1994, Hoja 10 - 635.

sus decisiones, y como tal debe soportar el riesgo de las mismas, sin que por ello el franquiciador pueda suministrar información²³.

Con todo, la doctrina advierte que si el franquiciador hace uso de cifras en las negociaciones precontractuales, dichos valores deben ser ciertos y comprensibles. Esto es especialmente cierto cuando las elaboraciones del franquiciador provienen de su propia experiencia, como por ejemplo, cuando provienen de su propio sistema de filiales, en cuyo caso, estas cifras deben ser más que un burdo cálculo. Por supuesto, los valores de la rentabilidad están determinados por la aptitud de determinado lugar y de la región en la que se aspira a realizar la actividad económica, así como el valor del arrendamiento o de la compra de los inmuebles relacionados con la actividad, por lo cual parece adecuado incorporar dichas consideraciones²⁴.

No parece razonable comprometerse con una utilidad determinada, pues la rentabilidad o los cálculos económicos en una economía de mercado son, por su naturaleza, reformulados continuamente, así como el desarrollo de nuevos planes para el futuro de la franquicia. Parece más sensato exponer las consideraciones y supuestos en que se funda una determinada rentabilidad, la experiencia del franquiciador y de los franquiciados que han hecho uso de la franquicia, así como los planes de desarrollo que pretende implementar hacia futuro.

Sin embargo, en los eventos en que el franquiciador expone al futuro franquiciado una rentabilidad determinada, pronósticos de facturación, de ganancia, de requerimientos financieros y de inversión para el funcionamiento de la franquicia, debe hacerse una distinción que no se advierte claramente en la jurisprudencia alemana. Se ha malinterpretado por parte de algunos tribunales²⁵ que al franquiciador le asiste responsabilidad sólo por el hecho de pronosticar para la franquicia un determinado comportamiento financiero que finalmente no se materializa. De otro lado, doctrina minoritaria considera que el riesgo de pronóstico debería trasladarse por completo —como ocurre en las “cláusulas espejo”— al franquiciado, bastándole establecer al franquiciador para el efecto unas “condiciones generales de riesgo para el franquiciado”²⁶.

La responsabilidad del franquiciador por los pronósticos, por facturación y planes de rentabilidad sólo tendrá lugar cuando éstos carecen de fundamento real, fáctico y comprensible²⁷. Se puede generar una responsabilidad por los

23 Citado por Frank Braun, en: Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen. NJW 1995, Hoja 8 - 504.

24 Frank Braun, en: Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen. NJW 1995, Hoja 8 - 505.

25 Ver: BGH, Juicio de 7.10.1987 - IV a ZR 67/86, WM 1987, pp. 1557, 1558. La posición minoritaria de la doctrina en relación con la responsabilidad del franquiciador por la facturación y la rentabilidad ha tenido lugar con ocasión del fallo de OLG München, Juicio de 24.4.2001 - 5 U 2180/00 BB 2001, 1759 [Conocido como el “Juicio Aufina”].

26 Dr. Jan Patrick Giesler y Dr. Jürgen Nauschütt. Das vorvertragliche Haftungssystem beim Franchising. En: BB 2003, 435.

27 Dr. Jan Patrick Giesler y Dr. Jürgen Nauschütt. Das vorvertragliche Haftungssystem beim Fran-

pronósticos expuestos si éstos están fundamentados no en el comportamiento promedio de la franquicia sino en los casos más exitosos exclusivamente.

Igualmente, si el franquiciador opera con prospectos o manuales de publicidad, debe incluirse en ellos los datos económicos orientadores y debe ser descrita con veracidad la aceptación de dicha franquicia en el mercado²⁸.

Como se explica en un próximo aparte, inicialmente los tribunales asimilan al franquiciado a un consumidor y, en consecuencia, éste podía invocar las prerrogativas o derechos propios de un usuario en relación con el contrato de franquicia. Actualmente, los tribunales consideran que el franquiciado es un profesional a quien atañen sus ganancias y no debe mirarse como una parte débil frente al franquiciador. No obstante, sostiene la jurisprudencia que este último, en desarrollo del principio de la buena fe, debe informar plenamente sobre la naturaleza de la franquicia y su rentabilidad²⁹.

Sobre el alcance de la información relevante a fin de cumplir la obligación precontractual de información, parece existir consenso en cuanto al deber de referirse a la ubicación del establecimiento de comercio (discutido por la doctrina), la estructura poblacional donde ha de tener impacto la franquicia, la existencia de competidores y sus fluctuaciones, y las ventajas y desventajas del lugar sugerido para la franquicia.³⁰ La doctrina suele incluir como información vital los datos sobre la mano de obra y capital requeridos para el desarrollo de la franquicia, naturaleza y contenido del “*know - how*” (saber) cedido, y datos de costos y facturaciones del sistema de franquicia en cuestión³¹. La existencia de manuales o cursos de entrenamiento insustanciales o inútiles por presentar información general o poco determinante generan responsabilidad a cargo del franquiciador³².

Corolario de lo anterior, la jurisprudencia advierte el deber que le asiste al futuro o potencial franquiciado y al franquiciador de compartir información veraz. Esto significa para el franquiciador, que éste debe poner en conocimiento información sobre las posibilidades de éxito de la franquicia, a la veracidad

chising. En: BB 2003, 437.

28 Dr. Frank Braun, en: Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen. NJW 1995, Hoja 8 - 505.

29 Oberlandesgericht München OLG München (Tribunal Superior del Territorio Judicial de München OLG München, NJW 1994, 667 ff.

30 Oberlandesgericht Köln OLG Köln (Tribunal Superior del Territorio Judicial de Köln), Juicio de 16.05.1994. En el mismo sentido ver: Oberlandesgericht Rostock OLG Rostock (Tribunal Superior del Territorio Judicial de Rostock), Juicio de 29.06.1995 - 1 U 293/94, Fuente: Juris OLGR Rostock 1996, 13-14 (Leitsatz und Gründe).

31 No obstante, dichos requerimientos, desarrollados con anterioridad a la decisión del BGH de 24.02.2005, parecen corresponder más a la idea del franquiciado como consumidor en el sentido de § 13 BGB que a la de empresario en el sentido de § 14 BGB, por lo que es de esperar nuevas precisiones de la jurisprudencia sobre el particular que impliquen una disminución en el alcance de las obligaciones precontractuales a cargo del franquiciador.

32 Bundesgerichtshof (BGH o Corte Suprema de Justicia Alemana). Fallo del 14 - 12 - 1994 relativo al proceso VIII ZR 46/94 (Hamm).

de las cifras empleadas para la comparación de su sistema de franquicia con otros franquiciados, y sobre el nivel de capital requerido para el éxito de ésta franquicia. Este deber se exige particularmente para la publicidad cuando el franquiciado carece de experiencia. Así mismo, el franquiciador se encuentra obligado frente al futuro franquiciado a mostrar previamente sus cargas financieras y laborales. El potencial franquiciado por su parte, debe calcular las inversiones iniciales en el período inicial y las verdaderas posibilidades de obtener ganancias³³.

Si el franquiciado ha sido engañado en la etapa precontractual en torno al nivel de facturación esperado en la franquicia, el franquiciador estará obligado a indemnizar cuando las cifras pronosticadas no se encuentran justificadas en la realidad de la franquicia y estas cifras fueron decisivas para la manifestación de la voluntad del franquiciado en el contrato de franquicia³⁴.

No es claro por parte de la jurisprudencia alemana, a partir de cuándo se genera el deber de informar sobre las reales condiciones económicas de la franquicia. Hay quienes sostienen que debe ser desde el primer contacto entre las partes³⁵, no obstante, la Asociación Alemana de Franquicias (Deutschen Franchise - Verbandes e.V.) considera que un plazo de apenas diez días es suficiente. Otra parte de la doctrina³⁶ sostiene que un plazo de cuatro semanas puede constituir una pauta adecuada, aun cuando en últimas será la naturaleza de los hechos la que determine el plazo adecuado durante la etapa precontractual, a fin de que el franquiciado o una tercera persona elegida por éste valore la información en cuestión.

Con todo, no debe confundirse este deber con una garantía de rentabilidad para la empresa del franquiciado. Basta con que se le dote de la información comercial y financiera suficiente y veraz a fin de que él mismo determine las condiciones de rentabilidad del negocio³⁷. El incumplimiento de este deber precontractual genera la posibilidad para el franquiciado de solicitar indemnización por daños y perjuicios³⁸.

Hay que destacar que si el sistema de franquicia prometió inicialmente al franquiciado un determinado nivel de éxito, y éste se consigue, se puede presumir que las deficiencias posteriores en los márgenes de utilidad no se deben a las deficiencias en el deber de asesoría o a la información propor-

33 Oberlandesgericht Köln OLG Köln (Tribunal Superior del Territorio Judicial de Köln) de 16.05.1994 - 2 W BeckRS 2009.

34 Oberlandesgericht München OLG München (Tribunal Superior del Territorio Judicial de München) de 01.08.2002 - 8 U 5085/01 fuente: BB 2003, p. 443.

35 Eckhard, Flohr: Franchiserecht, 2002, Rn. 119⁷ [en línea], disponible en: <http://www.franchisestarter.de/franchise/recht/> [consultado: 13 de julio de 2009].

36 Al respecto ver Franchiserecht, disponible en: <http://www.ratgeber-franchiserecht.de> [consultado: 13 de julio de 2009].

37 Franchiserecht en: “Franchise Starter” [en línea], disponible en: <http://www.franchisestarter.de/franchise/recht/> [consultado: 13 de julio de 2009].

38 Por ser este el caso de una “*culpa in contrahendo*” según §§ 311, 280 BGB.

cionada por el franquiciador³⁹. Asimismo, la doctrina acepta la existencia de una frontera en relación con la información a proporcionar y al deber de asesoría, lo que se encuentra justificado en los intereses del franquiciador, los secretos industriales y en el carácter confidencial del “*know - how*” que no deben ser expuestos precontractualmente⁴⁰.

Asimismo, se entiende que cuando el franquiciador se encuentra obligado a indemnizar por haber formulado datos erróneos, y con ello haber incumplido su deber precontractual de aclaración, no puede alegar concurrencia de culpas por parte del franquiciado, por haber obrado de manera irreflexiva o imprudente, y haber confiado en las recomendaciones del franquiciador⁴¹, la única frontera a la responsabilidad del franquiciador por haber suministrado datos erróneos es el evento en que a su juicio, el juez considere que el franquiciado ha presentado gastos excesivos⁴².

Por otro lado, si se llega a producir un engaño al franquiciado con ocasión del deber de aclaración, el derecho civil reconoce la posibilidad de impugnar dicho negocio alegando dolo, según § 123 del BGB, y solicitar el reintegro de los pagos que se hayan hecho a raíz del perfeccionamiento del contrato de franquicia⁴³. No obstante, el franquiciador tiene derecho a descontar de tal reintegro, el enriquecimiento que el franquiciado haya obtenido gracias a la franquicia⁴⁴.

Finalmente, para verificar el alcance del deber precontractual de aclaración, puede tomarse como referencia el Código Europeo de Ética para el Contrato de Franquicia, que surge en 1972 como alternativa a las limitadas referencias o regulaciones sobre el contrato de franquicia en dichos países. Fue elaborado por la *European Franchise Federation* (EFF) en sintonía con la Comisión de la Unión Europea (EG - Kommission) y la Asociación Nacional de Franquicias de Alemania (Deutsche Franchise Verband e.V.), y ha sufrido varias modificaciones. Este código ha sido reconocido por la industria, la Comisión Europea y por el Tribunal de Justicia Europeo, y la jurisprudencia francesa y alemana⁴⁵.

39 Frank Braun, en: Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen. NJW 1995, Hoja 8 - 505.

40 Frank Braun, en: Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen. NJW 1995, Hoja 8 - 505.

41 Oberlandesgericht München OLG München (Tribunal Superior del Territorio Judicial de München OLG München, NJW 1994, Hoja 10 - 667 y ss.

42 Reinhard Böhner. Schadensersatzpflicht des Franchisegebers aus Verschulden bei Vertragsabschluss. NJW 1994, Hoja 10 - 635.

43 En: Bundesgerichtshof (BGH o Corte Suprema de Justicia Alemana). Fallo del 14 - 12 - 1994 relativo al proceso VIII ZR 46/94 (Hamm).

44 BGH, NJW 1995, S. 722 ff.

45 European Franchise Federation, “Introduction to European Code of Ethics: an Example of Self Regulation” [en línea], disponible en: <http://www.eff-franchise.com> [consultado: 1.º de septiembre de 2009].

Este código tiene los siguientes axiomas:

En general, se espera por parte del franquiciador que la información que proporcione sea verdadera, completa e inequívoca, libre de ambigüedades y errores. Cualquier material publicitario, advertencia o mensaje que haga referencia directa o indirectamente a la rentabilidad de la franquicia, expectativas de ganancias para los franquiciados, debe ser objetiva y no generar engaños.

El franquiciador debe proporcionar al franquiciado un curso inicial en relación con la franquicia, y durante la vigencia del contrato debe proporcionar apoyo técnico o comercial.

El franquiciado debe preocuparse por el crecimiento económico de su empresa, conservación de la identidad común y el buen nombre de la franquicia.

El franquiciado debe permitir que el franquiciador o su delegado verifique su información contable y financiera, durante un período adecuado, a fin de poder constatar la gestión realizada por el franquiciado.

Al franquiciado no le está permitido durante la duración del contrato, o a su finalización, divulgar el *know - how* que le fue transmitido.

El franquiciador debe elegir como franquiciado a quien, luego de un cuidadoso proceso de comprobación y verificación, cumpla con los requisitos mínimos técnicos, aptitud personal y medios financieros para el desarrollo adecuado del negocio.

2. UNA VISIÓN DESDE EL COMMON LAW EN NUEVA ZELANDA⁴⁶

Las reglas de responsabilidad extracontractual que se aplican a los directores y administradores de sociedades franquiciadas, emanan básicamente del caso *Williams vs. Natural Health Foods*. En este caso, una persona compró una franquicia basándose en la información que el administrador del franquiciador (Mr. Mistlin) le había dado a través de un *brochure* en el que se describía el sistema de la compañía por franquiciar como un sistema garantizado y con proyecciones financieras detalladas del negocio. Desafortunadamente para el franquiciado, el negocio no trajo las ganancias proyectadas por Mistlin y en cambio, dio pérdidas durante dieciocho meses antes de cerrar operaciones. El franquiciado quiso demandar al franquiciador, pero esta sociedad había sido clausurada por lo que demandaron la indemnización por responsabilidad al administrador Mistlin. *The House of Lords* en Nueva Zelanda estableció que el hecho de que Mistlin actuara a través de una estructura corporativa no lo absolvía per se de su responsabilidad personal. Igualmente, manifestó que en los casos donde la responsabilidad personal de un administrador se llegare a cuestionar, los arreglos entre este administrador y su compañía no eran por sí

46 Gehan Gunasekara, Alexandra Sims: *Statutory trends and the "Genetic Modification" of the common law: Company Law as a Paradigm*, University of Auckland, Statute Law Review, Oxford University Press, 2005.

mismos un fundamento para condenar por responsabilidad civil extracontractual. La investigación de un juez debe dirigirse a indagar si el administrador, o alguien en su nombre manifestó de alguna manera a quién aspiraba a ser franquiciado, qué persona asumiría responsabilidad personal con él en la operación. El administrador de una empresa franquiciadora sólo será personalmente responsable si la evidencia muestra que asumió la responsabilidad personal y no había lugar a dudar sobre ello. No obstante, debe tenerse en cuenta que en este caso hubo conducta negligente por parte del administrador Mistlin en relación con la promoción del negocio.

En Nueva Zelanda, los administradores de una sociedad que votan a favor de la realización de ciertos actos por parte de la junta, son requeridos para firmar certificados que acrediten, entre otras cosas, que la transacción cumple con ciertos criterios de calidad. Por ejemplo, la junta emite acciones, los administradores que voten a favor de esta emisión deben firmar un certificado que acredite que, en opinión del administrador, la causa y las condiciones de la emisión son justas y razonables para la empresa y para todos los accionistas. En suma, los administradores están garantizando que ellos tienen un motivo razonable para creer que la transacción es en el mejor interés de la empresa. No otorgar el certificado o no explicar de manera razonable por qué la transacción no es para los mejores intereses de la compañía, constituye un delito bajo el *Companies Act* 1993 de Nueva Zelanda.

Otro estatuto que analiza la responsabilidad de los administradores es el *Fair Trading Act*, el cual fue examinado en *Kinsman vs. Cornfields Ltd.* Los hechos fueron similares a los del caso *Williams*, ya que ambos involucraban la venta de una franquicia y pronósticos imprecisos de ventas con un administrador en el medio del franquiciador y la franquiciada. La Corte de Apelaciones fue clara en que comerciar en forma corporativa no vencería la operación del *Fair Trading Act*: “Será raro el caso donde el administrador que participe directamente en las transacciones de su compañía sea capaz de evitar la responsabilidad únicamente sobre la base de que estaba actuando sólo a nombre de la empresa”.

El *Fair Trading Act* distingue entre la responsabilidad de un promotor de negocios y la responsabilidad de un administrador. Esto es bastante discutible, pues, tanto el promotor de empresas, como el que crea una franquicia, crean empresas que de otra forma no existirían. El promotor está creando empresa de la nada; el futuro franquiciador está proporcionando el concepto, el *know - how* y los derechos sobre la propiedad intelectual a otra persona para que ésta cree una “nueva” empresa. Desde 1998, la venta de franquicias ha sido sujeto de un régimen más estricto⁴⁷ reforzándose la tendencia hacia

47 The Franchising code of conduct. Código obligatorio prescrito bajo el Trade Practices Act de 1974 en Australasia: Trade Practices (Industry Codes-Franchising) Regulations 1998.

una mayor responsabilidad legal por parte de los promotores de negocios de las empresas⁴⁸.

2.1. Mecanismos de protección a favor del franquiciado

Existe consenso en el derecho contemporáneo en torno a la validez de los contratos de adhesión, por lo cual la ley y la jurisprudencia han decidido prestar atención a la especial debilidad o ignorancia de una de las partes.

En Alemania, cuando el franquiciador es quien elabora los términos y condiciones generales de la franquicia, se habla de un *contrato de adhesión* y, por lo tanto se encuentra sujeto a los §§ 305 - 310 del BGB, donde se desarrollan los derechos de los usuarios en los eventos en que las condiciones del contrato fueron formuladas previamente por la otra parte.

Es decir, el franquiciado, quien realiza actividades comerciales de manera profesional, es considerado para efectos de la relación con el franquiciador como un usuario.

Así por ejemplo, hay lugar a declarar la ineficacia del contrato invocando §§ 305 BGB y siguientes, cuando las condiciones generales del contrato han sido elaboradas por el franquiciador, quien estando obligado a actuar de buena fe actúa de una manera inequitativa y perjudica al franquiciado con el clausulado.

Por su parte, el § 309 BGB hace un listado de cláusulas contractuales que se consideran ineficaces de pleno derecho en los contratos de adhesión, y que pueden ser analizadas en el contexto de la relación franquiciador - franquiciado. Así por ejemplo, a la luz del § 309 BGB, el franquiciador no puede dar por terminado el contrato de franquicia cuando el franquiciador incumple sus obligaciones (num. 2). Igualmente, el franquiciador no puede establecer en el contrato de franquicia un plazo para que el franquiciado pueda exigirle al franquiciador el cumplimiento de sus obligaciones (num. 4).

La jurisprudencia alemana reformuló tales medidas, enmarcadas en los ámbitos propios de la protección al consumidor, para prohibir las cláusulas abusivas en los contratos de franquicia y a través de las normas imperativas contenidas en §§ 305 - 310 del BGB, se instituyeron condiciones de equilibrio en las relaciones jurídicas de un contrato de franquicia por adhesión. No obstante, es de anotar que con ocasión de la decisión del BGH de 24.02.2005⁴⁹, se consideró *obiter dictum* que el franquiciado no podía asimilarse a un usuario o consumidor, pues en realidad es un empresario en el sentido del § 14 BGB, a

48 Otros estatutos legales que establecen responsabilidad civil para los administradores en Nueva Zelanda son: The Securities Act 1978; Maritime Transport Act 1994 y The Reserve Bank of New Zealand Act 1989.

49 Bundesgerichtshof (BGH). Fallo del 24.02.2005, relativo al proceso de III ZB 36/04 del OLG Düsseldorf. En: NJW 2005, hoja 18 - 1273.

saber: “1) Empresario es la persona natural o jurídica o la sociedad de personas que comercia en ejercicio de sus actividades mercantiles o en el desarrollo de sus labores profesionales”.

A juicio del BGH y siguiendo para el efecto lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Justicia, debe entenderse por consumidor en los términos de § 14 BGB y § 1031 V 1 ZPO (Código de Procedimiento Civil Alemán) a aquella persona natural que realiza un negocio jurídico con una finalidad distinta a la comercial o al ejercicio de actividades profesionales, y en la celebración de un contrato de franquicia, resulta claro que tanto el franquiciante como el franquiciador se encuentran orientados por fines eminentemente comerciales.

Estas observaciones del BGH tuvieron lugar con ocasión de un proceso judicial que tenía por objeto determinar los derechos que le asisten a un profesional que para el desarrollo de su praxis ha suscrito un contrato de asociación con otro profesional, por lo cual, no es concluyente que a partir de la fecha de la sentencia en comento el franquiciado, que ha suscrito un contrato de franquicia por adhesión, no pueda invocar en su beneficio §§ 305 - 310 del BGB.

2.2. Independencia empresarial y responsabilidad del franquiciador durante el contrato

A pesar de tratarse de un contrato de colaboración, donde para el logro del objeto se necesita que las partes se asistan entre sí de manera estrecha y permanente⁵⁰, una de las principales características de la franquicia es la llamada “independencia empresarial” que impregna las relaciones entre franquiciador y franquiciado⁵¹.

Esta independencia y, por ende, la no comunicación de la responsabilidad entre las partes, son el punto fundamental para el éxito de la figura como instrumento de expansión comercial. El desarrollo de los negocios por medio de la franquicia, generalmente se lleva a cabo a través de una estructura corporativa con el ánimo de limitar la responsabilidad de los actores. En efecto, el uso de una estructura de tal envergadura para promover franquicias ha sido una característica en regiones como la Australasia⁵².

50 Marcela Castro de Cifuentes, *Contrato de franquicia*, en *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano* (CCB, Bogotá, 2006): “No es posible reproducir exitosamente el modelo de negocio si no existe coordinación de actividades entre franquiciador y franquiciado y si no se involucran decididamente en el desarrollo del mismo”.

51 Mundo Franquicia Consulting, *Activo estratégico y requisito legal en la franquicia*, en *Jornadas sobre Protección del Conocimiento y los Activos Intangibles en la Franquicia*, 2007 [en línea], disponible en: http://www.fundacionjosepons.com/descargas/jornadas_pindustria19/ponencia3.pdf [consultado: 21 de agosto de 2009]. “El sistema de franquicia consiste en un ‘sistema de asociación comercial entre dos partes jurídicamente independientes e iguales’”.

52 Gehan Gunasekara, Alexandra Sims, *Statutory trends and the “Genetic Modification” of the common law: Company Law as a Paradigm* (University of Auckland, Statute Law Review, Oxford University Press, 2005).

La relación franquiciador-franquiciado, que nace del contrato de franquicia, no tiene en principio carácter asociativo ni societario entre las partes, pues cada una conserva una estructura legal y financiera independiente. Por ejemplo, en los contratos que el franquiciado realiza con los proveedores, el negocio suele realizarse de forma directa y exclusiva sin que exista nexo entre el franquiciador y dichos proveedores, ni siquiera en los casos en los cuales éstos han sido impuestos por el propio franquiciador. No obstante esta independencia, el franquiciador encuentra en su lista de derechos dentro de la relación contractual el de ejercer control y auditoría permanente de la operación que realiza el franquiciado⁵³ así como dirigir y controlar las políticas de publicidad⁵⁴. Igualmente, puede pedir del franquiciado informes periódicos y detallados en los que pueda constatar el cumplimiento de manuales⁵⁵ y políticas de la franquicia.

Si el franquiciado, luego de haber suscrito el contrato de franquicia, planea una expansión de sus actividades o la suscripción de un contrato adicional de franquicia, advierte la doctrina que el franquiciador está llamado a cumplir con el deber de informar los posibles riesgos que esto puede acarrear, tales como la insolvencia que se pueda generar por la ampliación de su negocio, y si es el caso, negarse a una ampliación de su franquicia⁵⁶.

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, laboral, fiscal,

53 Marcela Castro de Cifuentes, *Contrato de franquicia*, en *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano* (CCB, Bogotá, 2006): “En la misma dirección, otro autor argentino destaca los siguientes como elementos principales o esenciales del *franchising*: b) ejercicio de un control por el franquiciador sobre las operaciones debiendo dar asistencia de capacitación [...]”. Ver también Mundo Franquicia Consulting, *Activo estratégico y requisito legal en la franquicia*, en *Jornadas sobre Protección del Conocimiento y los Activos Intangibles en la Franquicia* [en línea], 2007, disponible en: http://www.fundacionjosepons.com/descargas/jornadas_pindustrial9/ponencia3.pdf [consultado: 21 de agosto de 2009]. “[...] el franquiciado, que obtiene con su integración en la red de franquicia el derecho a comercializar y a explotar dichos productos o servicios en unas condiciones operativas, económicas y geográficas preestablecidas y controladas mediante la asistencia permanente del franquiciador”. En Bogotá esta situación ha sido certificada como costumbre mercantil por la cámara de comercio de esta ciudad, dadas las prácticas comerciales y la carencia de regulación legal sobre el tema el 20 de septiembre de 2007, así: el franquiciador puede ejercer auditoría permanente sobre el negocio franquiciado. “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciador realice auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado para que éste implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada”.

54 Guía UNIDROIT de franquicia, capítulo 8, Roma, 2005.

55 Práctica que en el ámbito local ha sido certificada como costumbre por la Cámara de Comercio de Bogotá el 7 de diciembre de 2006: “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil que en el contrato de franquicia, el franquiciador entregue al franquiciado un manual de operaciones y procedimientos, con la finalidad de que este último pueda realizar exitosamente el negocio contratado”.

56 Frank Braun. *Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen*. NJW 1995, hoja 8 - 505.

etcétera.) parecen estar siendo indiferentes para los Tribunales⁵⁷. 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 contractual⁵⁸.

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 franquiciado⁵⁹. 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 tal⁶¹. En cambio, en lo tocante con la responsabilidad en

57 *Responsabilidad del franquiciador fresón*, 2008 [en línea], disponible en: <http://www.franquicias.us/negocios/empresas/responsabilidad-del-franquiciador-fresno/> [consultado: 22 de agosto de 2009]. Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Segovia en 2006: “Se alegan como motivos de recurso [que] la parte no está legitimada de forma pasiva [pues] como empresa franquiciadora no mantuvo ninguna relación jurídica (entiéndase con el cliente final), sin que le sean imputables los daños causados por la empresa franquiciada, dada su distinta personalidad jurídica derivada del propio concepto y naturaleza del contrato de franquicia. Por tanto, es indudable que la independencia jurídica y económica de la empresa franquiciadora y franquiciada es característica esencial del contrato de franquicia [...] No nos encontramos en una situación en que se discuta la relación entre ambas empresas, sino que nos encontramos ante la reclamación de un tercero, tercero que ostenta sin lugar a dudas el carácter de consumidor o usuario de los servicios que prestaba la empresa franquiciada bajo el nombre comercial y las técnicas empresariales de la franquiciadora [...] Nos hallamos ante un consumidor que acude a una empresa de servicios, empresa que le merece su confianza entre otros aspectos por el carácter de seriedad y profesionalidad que otorga una supuesta implantación a nivel nacional y por tanto una acreditada experiencia. El juez de instancia [concluye] que el mismo parecía inducir al consumidor que la empresa (franquiciador), era garante del buen fin de la actividad contratada [...] al cliente se le ocultaba que dicha empresa fuese una mera franquicia y que la empresa de Segovia que prestaba sus servicios fuese otra diferente. En el presente caso, como acabamos de ver, la franquiciada se anunciaba como si fuese una mera delegación o sucursal de la empresa franquiciador, que figura como única empresa prestadora de servicios. Sentado que esa forma de publicitarse era elaborada o aprobada por la propia franquiciadora, que obtenía con ello un beneficio económico por la captación del cliente, debe estimarse que el consumidor tiene derecho a exigir que se responda en la forma en que se anuncia, y que por lo tanto la ahora recurrente deba responder como si fuese ella la prestadora del servicio tal y como se ofertó al actor; sin que sea admisible que pretenda a posteriori excluirse de toda relación con el demandante, pues ello significaría legitimar un fraude al consumidor por el uso de una oferta o publicidad engañosa [...]”.

58 *Responsabilidad del franquiciador frente a terceros*, 2007 [en línea], disponible en: <http://www.infofranquicias.com/cd-5679/Responsabilidad-del-franquiciador-frente-a-terceros.aspx> [consultado: 24 de agosto de 2009].

59 José M.^a Bargalló Ferrer, *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].

60 Nydia Zingman de Domínguez, *Responsabilidad del franquiciante y del franquiciado* [en línea], disponible en: <http://www.zingmandominguez.com/documentos/documento34.pdf> [consultado: 31 de agosto de 2009]: “Sólo cuando se trata por defecto de fabricación o de diseño, en cuyo caso se aplican los principios de responsabilidad civil extracontractual”.

61 En España, por la ley 23 de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo. En derecho estadounidense por fallo de la Corte Suprema de Nueva Jersey de 1960 Henningsen contra Bloomfield

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*⁶². Si bien la tendencia ha sido la de exonerar de responsabilidad al franquiciador⁶³, 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”⁶⁴, se concluye que éste tiene derecho a estar

Motor, Inc., existe responsabilidad solidaria entre el distribuidor y el fabricante como una “garantía implícita” en el contrato de compraventa; el fabricante es responsable de todos los daños padecidos por los consumidores por el uso o el consumo de la mercadería, sin necesidad de demostrarles que incurrieron en culpa en la fabricación. En Colombia, por sentencias de la Sala de Casación Civil del 7 de febrero de 2007, exp. 1999-00097-01, “queda claramente establecida una ‘responsabilidad especial’ de aquél (productor) frente a éstos (consumidores finales), *ex constitutione*, que los habilita para accionar directamente contra el fabricante en orden a hacer efectivas las garantías a que hubiere lugar o a reclamar el resarcimiento de los daños que les fueron causados, sin que tal potestad pueda ser coartada por la simple inexistencia de un vínculo contractual. En sentido parecido, la Corte Constitucional colombiana, sentencia C-1141 de 2000.

- 62 *Responsabilidad del Franquiciador Fresno*, 2008 [en línea], disponible en: <http://www.franquicias.us/negocios/empresas/responsabilidad-del-franquiciador-fresno/> [consultado: 22 de agosto de 2009].
- 63 Nydia Zingman de Domínguez, *Responsabilidad del franquiciante y del franquiciado* [en línea], disponible en: <http://www.zingmandominguez.com/documentos/documento34.pdf> [consultado: 31 de agosto de 2009]. “Solo responde el franquiciado, atento su vínculo contractual con el cliente, con total exclusión del otorgante y titular de la marca”.
- 64 C. S. J., Sala de Casación Civil, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01, 30 de abril de 2009. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena: “[...] la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial 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_Tuketicin_2_2 [consultado: 31 de agosto de 2009]. “La falta de coherencia en el método para definir la noción de

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.

Para protegerse patrimonialmente, un franquiciador debería estipular dentro del contrato de manera expresa la posibilidad de repetir contra el franquiciado responsable de su mala praxis. En el derecho civil esta sería una opción complementaria de ser declarado solidariamente responsable con el franquiciado, pues en estos casos la facultad de repetir estaría en cabeza del franquiciador⁶⁵. En caso de que la condena se realice en contra del franquiciador exclusivamente y no se haya pactado la solidaridad, de querer lograr una reparación por los hechos del franquiciado, el franquiciador se vería obligado a probar ante los jueces la responsabilidad del franquiciado.

2.3. ¿Es posible la imputación al franquiciador de responsabilidad laboral a favor del franquiciado? Análisis de situaciones

Por último, hemos querido responder las cuestiones que se generan a partir de las denominadas relaciones laborales pues, a pesar de que la franquicia es una fórmula de expansión que supone la total independencia jurídica y financiera entre franquiciadores y franquiciados, existen casos en los que se pretende imputar responsabilidad al franquiciador por las relaciones laborales de sus franquiciados.

Así las cosas, comenzamos diciendo que la independencia entre franquiciador y franquiciado y por ende, de la responsabilidad entre ellos, se explica si el franquiciador ejerce o no algún tipo de intervención respecto del franquiciado y sus empleados⁶⁶. Los fenómenos de desintegración de grandes empresas hacia

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”.

65 Un ejemplo de ello, el artículo 1668 del Código Civil colombiano.

66 Gustavo Capdevila, Ariel Federico Giménez, Bruno Octavio Santi, *La peligrosa esquizofrénica tipificación jurisprudencial del contrato de franquicia*, en I Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas, La Plata, septiembre de 2007 [en línea], disponible en: <http://74.125.113.132/search?q=cache:1RQuaiO0lkMJ:www.fodecoba>.

distintos canales de negocios como empresas de *outsourcing* y formatos de franquicia, evidencian un alto grado de sofisticación frente a un pasado en el que una sola persona era quien se encargaba de la contratación para explotar el trabajo de otros. El formato de negocio tipo franquicia por ejemplo demuestra un nivel alto de control burocrático por el franquiciador, a pesar de una aparente independencia del franquiciado que lleva consigo todos los riesgos del negocio en caso de que falle⁶⁷.

No hay uniformidad en las opiniones doctrinales ni en las decisiones judiciales en este punto, por lo que es posible hallar infinidad de respuestas según casos se presenten. En el contrato de franquicia, generalmente quien realiza las funciones propias de patrono respecto de los trabajadores de la franquicia es el franquiciado al contratar, despedir, pagar salarios e impartir instrucciones laborales. A partir de esta situación, los jueces examinan diferentes posibilidades, para, a partir de ellas condenar o no al franquiciador a responder por las deudas del franquiciado.

En derecho laboral, en términos generales el empresario es el responsable del trabajador y de las obligaciones para con él. El derecho de franquicia en España ha desarrollado cuatro escenarios que ayudarán a determinar si el franquiciador debe responder por el pago de las obligaciones del franquiciado para con el trabajador, que son⁶⁸:

Cuando la prestación laboral del trabajador se realiza dentro de un grupo empresarial y el trabajador labora indistintamente para una central franquiciadora o para el franquiciado, le pague quien le pague y tenga contrato con quien lo tenga. Se sugiere que la franquicia constituye un grupo o conglomerado de empresas⁶⁹. En este caso se considera que el trabajador desarrolla su labor dentro del entorno organizativo de la red franquiciada y en consecuencia el juez probablemente condenará al franquiciado al pago de sus responsabilidades, pero solidariamente también al franquiciador⁷⁰.

com.ar/Textos/2.%2520La%2520peligrosa%2520tipicidad%2520jurisprudencial%2520del%2520contrato%2520defranquicia.doc+jurisprudencia+franquicia+responsabilidad+del+franquiciador&cd=8&hl=es& t=clnk&gl=uk [consultado: 31 de agosto de 2009]: “En un reciente fallo, la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo (Argentina), con un argumento peculiar —cuanto menos—, decidió aplicar la extensión de responsabilidad prevista en el artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo a un franquiciante, en virtud de una relación laboral establecida entre uno de sus franquiciados y un tercero. El referido argumento puede resumirse en que, al realizar el empleado del franquiciado tareas propias de la actividad normal y habitual de la franquiciante, resulta de aplicación la sanción referida precedentemente.

67 Joellen Riley, *Regulating for Fair Dealing in Work Contracts: A New South Wales Approach* (Law Faculty, University of New South Wales, Industrial Law Society, 2007).

68 Josán García, *La responsabilidad laboral del franquiciador*, 2006 [en línea], disponible en: <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Franquicias/La-responsabilidad-laboral-del-franquiciador.html> [consultado: 26 de agosto de 2009].

69 Grupo de empresas que se caracteriza por el funcionamiento unitario, es decir, por la unidad en la dirección, prestación sucesiva de servicios de los empleados del grupo, patrimonio compartido y apariencia externa de unidad empresarial.

70 Algunas veces el Tribunal Supremo Español ha exigido que, para atribuir responsabilidad al franquiciado, se demuestre la intención fraudulenta de éste de excluir sus obligaciones laborales.

En algunas ocasiones el Tribunal Supremo Español ha exigido para atribuir responsabilidad al franquiciado, demostrar la intención fraudulenta de éste al excluir sus obligaciones laborales.

Cuando existe confusión de patrimonios entre el franquiciador y el franquiciado y por ende no es fácil dilucidar la independencia entre ellos. Por ejemplo, si existe algún tipo de vinculación accionaria o de administración. En estos casos puede considerarse que el franquiciador se está beneficiando de la explotación de la franquicia directamente y, por tanto, así debe responder por los trabajadores.

Cuando amparándose en la distinta personalidad jurídica formal de una y otra empresa, exista una actuación abusiva de una de ellas respecto de la otra en perjuicio de los derechos de los trabajadores recortando derechos o prestaciones a los que el franquiciador estaría obligado si fuese el empleador directo. La franquicia puede verse como una forma de contratar personal de manera externa. Realizando contratos de franquicia, el franquiciador logra externalizar sus labores en beneficio propio y así reducir costos de operación, pero asimismo puede el juez establecer una unidad de empresa entre el franquiciador y el franquiciado, y extender con esto la responsabilidad en materia de salarios y prestaciones de manera solidaria entre ellos⁷¹. Unos consideran que esta posición es forzada, y nosotros añadimos injusta, teniendo en cuenta que los beneficios iniciales de la operación de franquicia recaen primeramente sobre el franquiciado y no sobre el franquiciador, que apenas recibe una regalía o precio por permitir el uso de su marca y *know - how*.

Cuando el franquiciador es a su turno directivo del franquiciado. Como se sabe, de la naturaleza del contrato de franquicia se desprende una intromisión del franquiciador en la operación, con el fin de mantener estándares de calidad, presentación de productos y servicios, etcétera., intromisión que realiza dicho franquiciador mediante instrucciones directas sobre la forma en que se debe realizar la operación o, incluso, como directivo de la franquicia. En estos casos, se considera al franquiciador responsable solidariamente respecto de los trabajadores del franquiciado⁷².

En resumen, habrá que examinar el tipo de injerencia que tiene el franquiciador sobre los empleados del franquiciado en la prestación del servicio, para poder determinar así en cada caso concreto la responsabilidad.

El franquiciador ha de ser muy cauteloso y ha de evitar incluir en los contratos de franquicia, cláusulas en exceso dominantes y controladoras hacia el franquiciado como por ejemplo, la intervención en la elección de los

71 El Estatuto de los Trabajadores en España; Código Sustantivo del Trabajo en Colombia; Arbeits- und Sozialversicherungsrecht en Alemania.

72 Mario Naranjo, *¿Qué responsabilidad puede atribuirse al franquiciador respecto a los trabajadores del franquiciado?*, 2007 [en línea], disponible en: <http://blogdelmalo.blogspot.com/2007/09/las-respuestas-dadas-por-la-doctrina-y.html> [consultado: 26 de agosto de 2009].

empleados, la concesión de incentivos o premios directos a los comerciales del franquiciado⁷³.

73 José M.^a Bargalló Ferrer, *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].

CONCLUSIONES

El contrato de franquicia ha tenido un gran auge en las últimas décadas por constituir una herramienta que favorece el establecimiento y expansión de cadenas de comercialización. Al lado de figuras contractuales típicas, como el mandato, el suministro para distribución y la agencia comercial, el *franchising* ha resultado altamente atractivo por generar beneficios para todos los involucrados.

Una característica común de la franquicia es que las disputas que se presentan entre franquiciador y franquiciado en varias cuestiones se circunscriben como tal al proyecto de la venta de la franquicia misma.

Disímiles clasificaciones que han sido dadas para la franquicia, dejan entrever diversas consecuencias jurídicas respecto de la responsabilidad civil que pueden surgir de un mismo contrato y muy diferentes entre sí por lo que, consideramos que no debe tratar de establecerse un procedimiento similar a la figura.

En los casos en los que el control del franquiciador sobre el franquiciado va más allá de los límites establecidos por la naturaleza del contrato en el ámbito mercantil (cesión de derechos de propiedad intelectual y *know - how*), será muy difícil para aquel escapar a la responsabilidad laboral frente a los trabajadores del franquiciado.

Hay que determinar la clase de injerencia que el franquiciador ejerce sobre los empleados del franquiciado, para poder determinar así en cada caso concreto la responsabilidad. El franquiciador debe ser en extremo cauteloso y evitar la inclusión dentro de los contratos de franquicia, cláusulas que demuestren exceso de control hacia el franquiciado como por ejemplo, la posibilidad de intervenir en la elección de los empleados, la posibilidad de conceder primas, incentivos, premios, etcétera.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA PAUCAR, Jaime, *Contratos Mercantiles*, en *Contratos atípicos* (6.^a ed., Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2006).
- Activo estratégico y requisito legal en la franquicia*, en *Jornadas sobre Protección del Conocimiento y los Activos Intangibles en la Franquicia* [en línea], 29 de noviembre 2007, disponible en: http://www.fundacionjosepons.com/descargas/jornadas_pindustrial9/ponencia3.pdf [consultado: 21-08-2009]. VANEGAS SANTORO, Antonio, *El contrato de franquicia* (Ediciones Librería El Profesional, Santafé de Bogotá, 1999).
- BARGALLÓ FERRER, José M.^a, *Responsabilidades del franquiciador frente a los proveedores, empleados y clientes del franquiciado* [en línea], 28 de abril de 2005, 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].
- BERMÚDEZ GONZÁLEZ, Guillermo J., *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias* (ESIC, 2002).
- BÖHNER, Reinhard. *Schadensersatzpflicht des Franchisegebers aus Verschulden bei Vertragsabschluss*. NJW (Neue Juristische Wochenschrift es una base de datos jurídica) 1994, hoja 10 - 635.
- BRAUN, Frank. *Aufklärungspflichten des Franchisegebers bei den Vertragsverhandlungen*. NJW (Neue Juristische Wochenschrift es una base de datos jurídica) 1995, hoja 8 - 504, 505 y 506.
- BUNDESGERICHTSHOF (BGH o Corte Suprema de Justicia Alemana). Juicio del 14-12-1994, relativo al proceso VIII ZR 46/94 (Hamm).
- BUNDESGERICHTSHOF (BGH o Corte Suprema de Justicia Alemana). Juicio del 24.02.2005, relativo al proceso de III ZB 36/04 del OLG Düsseldorf. En: NJW 2005, hoja 18 - 1273 hasta 1275.
- BUNDESGERICHTSHOF (BGH o Corte Suprema de Justicia Alemana). En: NJW 1995, página 722 y siguientes.
- BUNDESGERICHTSHOF (BGH o Corte Suprema de Justicia Alemana), Juicio de 7.10.1987 – IV A ZR 67/86, WM 1987, páginas 1557 y 1558.
- CAPDEVILA, Gustavo, GIMÉNEZ, Ariel Federico y SANTI, Bruno Octavio, *La peligrosa esquizofrénica tipificación jurisprudencial del contrato de franquicia*, I Congreso Provincial de Ciencias Jurídicas, La Plata, septiembre de 2007 [en línea], disponible en: <http://74.125.113.132/search?q=cache:1RQuaiO0lkMJ:www.fodecoba.com.ar/Textos/2.%2520La%2520peligrosa%2520tipicidad%2520jurisprudencial%2520del%2520contrato%2520defranquicia.doc+jurisprudencia+franquicia+responsabilidad+de+l+franquiciador&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=uk> [consultado: 31 de agosto de 2009].
- CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE STUTTGART (ALEMANIA) [en línea], disponible en: <http://www.stuttgart.ihk24.de> [consultado: 13 de julio de 2009]. CASTRO DE CIFUENTES, Marcela, *Contrato de franquicia*, en *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano* (CCB, Bogotá, 2006).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, Sala de Casación Civil del 7 de febrero de 2007, exp. 1999-00097-0.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, Sala de Casación Civil, exp. 25899 3193 992 1999 00629 01, 30 de abril de 2009, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA, sentencia C-1141 de 2000.
- Davis, W., *The innovators*, 221 (Ebury Press, 1987) Statute of Law Review, Oxford Journals, Oxford.
- EUROPEAN FRANCHISE FEDERATION, "Introduction to European Code of Ethics: an Example of Self Regulation" [en línea], disponible en: <http://www.eff-franchise.com> [consultado: 1.º de septiembre de 2009].
- 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_Tuketicin_2_2 [consultado: 31 de agosto de 2009].
- FERNÁNDEZ DE CASTRO, Juan, "Economía y derecho", *Enciclopedia práctica de economía*, vol. 20, p. 31. Editorial Orby, 1988. Madrid, España.
- FLOHR, Eckhard. Franchiserecht, 2002, Rn. 119 [en línea], disponible en: <http://www.franchisestarter.de/franchise/recht/> [consultado: 13 de julio de 2009].
- FRANCHISE - Recht in Deutschland, [en línea], disponible en <http://www.franchiseplattform.de> [citado: 31-08-2009]. Franchiserecht. Disponible en: <http://www.ratgeber-franchiserecht.de> [consultado 13 de julio de 2009].
- FRANCHISERECHT. Disponible en: Franchise Starter [en línea], disponible en: <http://www.franchisestarter.de/franchise/recht/> [consultado: 13-07-2009]. GARCÍA, Josan, *La responsabilidad laboral del franquiciador* [en línea], 29 de junio 2006, disponible en: <http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Mercantil/Franquicias/La-responsabilidad-laboral-del-franquiciador.html> [consultado 26 de agosto de 2009].
- GEHAN GUNASEKARA, Alexandra Sims, *Statutory trends and the "Genetic Modification" of the common law: Company Law as a Paradigm* (University of Auckland, Statute Law Review, Oxford University Press, 2005).
- GIESLER, Jan Patrick (Dr.) y NAUSCHÜTT, Jürgen (Dr.). Das vorvertragliche Haftungssystem beim Franchising. En: BB (Betrieb & Berater es una base de datos jurídica) 2003, 435 - 437.
- GIMÉNEZ, Hernando, *El contrato de franquicia de empresa* (Civitas, Madrid, 2000).
- Guía UNIDROIT de franquicia, Roma, 2005.
- NARANJO, Mario *¿Qué responsabilidad puede atribuirse al franquiciador respecto a los trabajadores del franquiciado?* [en línea], 28 de septiembre de 2007, disponible en: <http://blogdelmalo.blogspot.com/2007/09/las-respuestas-dadas-por-la-doctrina-y.html> [consultado: el 26 de agosto de 2009].
- OBERLANDESGERICHT KÖLN OLG KÖLN (Tribunal superior del Territorio Judicial de Köln), Juicio de 16.05.1994. Disponible en BeckRS (Beck es una base de datos jurídica) 03716. Dato identificador: 2 W 14/94.
- OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN OLG MÜNCHEN ((TRIBUNAL SUPERIOR DEL TERRITORIO JUDICIAL DE MÜNCHEN) de 01.08.2002 - 8 U 5085/01 fuente: BB (Betrieb & Berater es una base de datos jurídica) 2003, página 443.
- OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN OLG MÜNCHEN (TRIBUNAL SUPERIOR DEL TERRITORIO JUDICIAL

- DE MÜNCHEN OLG MÜNCHEN. Disponible en: NJW (Neue Juristische Wochenschrift es una base de datos jurídica) 1994, hoja 10 - 667 y siguientes.
- OBERLANDESGERICHT ROSTOCK OLG ROSTOCK (Tribunal Superior del Territorio Judicial de Rostock), Juicio de 29.06.1995 – 1 U 293/94. Fuente: Juris (Juris es una base de datos jurídica) OLGR Rostock 1996, 13-14 (Leitsatz und Gründe).
- QUINTERO DELGADO, Pablo José, *El contrato de franquicia* (tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1994).
- Responsabilidad del Franquiciador Fresno* [en línea], 2 de julio de 2009, disponible en: <http://www.franquicias.us/negocios/empresas/responsabilidad-del-franquiciador-fresno/> [consultado: 22 de agosto de 2009].
- Responsabilidad del franquiciador frente a terceros* [en línea], 5 de octubre de 2007, disponible en: <http://www.infofranquicias.com/cd-5679/Responsabilidad-del-franquiciador-frente-a-terceros.aspx> [consultado: el 24 de agosto de 2009].
- RILEY, Joellen, *Regulating for Fair Dealing in Work Contracts: A New South Wales Approach* (Law Faculty, University of New South Wales, Industrial Law Society, 2007).
- ROITMAN, Horacio, *Franquicia. La ley modelo de Unidroit* [en línea], disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf> [consultado: 22 de agosto de 2009].
- The Franchising code of conduct bajo el Trade Practices Act de 1974 en Australasia: Trade Practices (Industry Codes-Franchising) Regulations 1998.
- VON THUR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Editorial Comares, 2007. Granada (España).
- ZINGMAN DE DOMÍNGUEZ, Nydia, *Responsabilidad del franquiciante y del franquiciado* [en línea], disponible en: <http://www.zingmandominguez.com/documentos/documento34.pdf> [consultado: 31 de agosto de 2009].