

**RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA GENERADA POR
LAS CLAUSULAS DE EXCLUSIVIDAD COMERCIAL Y TERRITORIAL**

SANDRA MILENA HERNÁNDEZ SAMPAYO



**UNIVERSIDAD
DE LA COSTA
1970**

UNIVERSIDAD DE LA COSTA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2018

**RESPONSABILIDAD EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA GENERADA POR LAS
CLAUSULAS DE EXCLUSIVIDAD COMERCIAL Y TERRITORIAL**

SANDRA MILENA HERNÁNDEZ SAMPAYO

Trabajo presentado como requisito para optar el Título de Abogado

OMAR SANDOVAL FERNÁNDEZ

LAURA CARRASQUILLA DÍAZ

Asesores



**UNIVERSIDAD
DE LA COSTA
1970**

UNIVERSIDAD DE LA COSTA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

BARRANQUILLA

2018

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Dedicatoria

La autora dedica este trabajo:

A Dios todopoderoso, que sirvió de guía para forjarme en este camino.

A mis familiares quienes de manera inagotable me apoyaron en este recorrido.

A los docentes, quienes, mediando su enseñanza y experiencia enriquecedora, contribuyeron enormemente a mi aprendizaje significativo.

Sandra Hernández Sampayo

Agradecimientos

La autora expresa sus agradecimientos:

A Dios nuestro señor por iluminarme colmarme de sabiduría y entendimiento para estudiar esta profesión tan valiosa dedicada al servicio de la sociedad colombiana y el bienestar humano en general.

A la Universidad que me brindó la oportunidad de ser profesional y a su equipo de educadores los cuales día a día me comparten de sus conocimientos.

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron para facilitar el desarrollo de este trabajo, de quien recibí la orientación, comprensión y paciencia.

Agradezco de manera especial a mi familia por su apoyo moral, afectivo y económico el cual ha estado presente en todo momento sin importar las dificultades que se han presentado en el camino.

A todas gracias enormemente.

Sandra Hernández Sampayo

Resumen

En el desarrollo de esta monografía se realiza una síntesis de los orígenes del régimen legal y contractual que presenta la franquicia en Colombia, indagando al respecto en países como Chile y Argentina, donde se han adelantado investigaciones tendientes a develar la naturaleza jurídica de este contrato, partiendo de diversas posturas, empezando por aquella que asevera que el negocio se deriva de la figura de la concesión. Igualmente se analiza la responsabilidad en el contrato de franquicia generada por las cláusulas de exclusividad comercial y territorial a lo largo de la relación entre franquiciante y franquiciado, haciendo énfasis en el estudio de la responsabilidad del franquiciante. De otra parte, de acuerdo con la metodología de esta investigación de tipo analítica descriptiva con un enfoque cualitativo utilizando fuente secundaria se tuvieron en cuenta antecedentes, la estructura jurídica del contrato, así como la jurisprudencia nacional e internacional. La franquicia es un contrato atípico, que consiste en una cooperación entre partes, sean estas franquiciante y franquiciado, en donde a grosso modo, el primero se compromete a transferir su know how, para que el segundo lo comercialice compartiendo los demás elementos de propiedad intelectual como marca, signos distintivos, señales, etc. De igual manera, el franquiciado a cambio de esta transferencia de conocimientos, debe realizar un pago inicial por concepto entrar a la franquicia y otro pago periódico al franquiciante.

Palabras Clave: Franquiciante, Franquiciado, Contrato, Jurisdicción, Responsabilidad.

Abstract

The perspective of this monograph is a synthesis of the origins of the legal and contractual treatment presented by the franchise in Colombia, making a parallel with countries such as Chile and Argentina, where investigations have been conducted to unveil the legal nature of the contract, starting from different positions, starting with the one that asserts that the business is derived from the figure of the concession. With which it is necessary to analyze the liability in the franchise contract generated by the clauses of commercial and territorial exclusivity, also determine the parts of the contract throughout the relationship between franchisor and franchisee. The investigation is directed to deepen the study of the responsibility of the franchisor, in the franchise contract generated by the clauses of commercial and territorial exclusivity. On the other hand, according to the methodology of this investigation, diverse antecedents were gathered, the legal structure, as well as the national and international jurisprudence. The franchise is an atypical contract, which consists of a cooperation between parties, be these franchisor and franchisee, where in a rough way, the first is committed to transfer their know-how, so that the second commercializes it sharing the other elements of intellectual property as a brand, distinctive signs, signs, etc. Similarly, the franchisee in exchange for this transfer of knowledge, must make an initial payment by concept entering the franchise and another periodic payment to the franchisor.

Keywords: *Franchisor, Franchisee, Contract, Jurisdiction, Liability.*

Contenido

Lista de Figura	10
Introducción.....	11
1. Generalidades del problema	13
1.1. Descripción del problema.....	13
1.2. Formulación del problema	15
1.3. Sistematización del problema.....	16
1.4. Justificación.....	16
1.5. Objetivos	18
1.5.1. Objetivo general	18
1.5.2. Objetivos específicos	18
2. Marco de referencia	19
2.1. Estado del arte	19
2.2. Marco legal.....	22
3. Diseño metodológico	26
3.1. Tipo de investigación	26
3.2. Método	26
3.3. Técnicas e instrumentos para la recolección de la información.....	27
4. Responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado en el estamento internacional	29

4.1.	Origen de la palabra franquicia	30
4.2.	Nociones preliminares	33
4.3.	Derivación de otros contratos de acuerdo a la franquicia	34
4.4.	Definición de franquicia	35
4.5.	Contrato de franquicia	36
4.6.	Partes del contrato	37
4.6.1.	Franquiciante	37
4.6.2.	Franquiciado	37
4.7.	Responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado	38
4.7.1.	Responsabilidad dentro del contrato de franquicia	39
5.	Cláusula referida a la exclusividad comercial y territorial a favor de uno de los contratantes	41
5.1.	Cláusulas en los contratos de franquicia	48
6.	Resolución eventual de conflictos de responsabilidad por parte del franquiciante por actos del franquiciado... ..	51
6.1.	Imputación de responsabilidad por parte del franquiciante	53
6.2.	Jurisprudencia	55
	Conclusiones	61
	Referencias	65

Lista de figura

Figura 1. Responsabilidad del franquiciante y del franquiciado frente al tercero de buena fe ... 54

Introducción

Con el auge de la expansión y crecimiento de los mercados internacionales en los diferentes países del mundo, se han generado un sin número de nuevos contratos de colaboración empresarial.

Bajo la globalización, las nuevas estrategias del mercado han venido apropiándose de las sociedades, las cuales, al ampliar su visión de desarrollo económico, acuden como estrategia a la figura de las franquicias, estructurándolas bajo un contrato donde se estipulan obligaciones, derechos, cláusulas y régimen de responsabilidades entre las partes. Esta última es el objeto de la presente investigación, dirigida específicamente a profundizar sobre la responsabilidad del franquiciante, cuando éste se ve comprometido patrimonialmente por perjuicios ocasionados a terceros, bien sea consumidores o clientes de la franquicia.

Desde otra perspectiva, se afirma que la democracia moderna en el sistema mercantil descansa en sujetos sociales legalmente libres y con los mismos derechos y deberes, aunque de hecho no lo sean, y que en ellos radica su superioridad sobre todas las formas de regímenes precedentes.

El desarrollo de las empresas colombianas en el mercado mundial, a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, permitió la comercialización de productos y servicios a través del contrato de franquicia, durante la ejecución de los mismos e incluso después de su terminación.

La gran variedad de contratos de este tipo en la actualidad, permiten establecer como supuesto de la presente investigación, que el contrato de franquicia de servicios ha tenido serias deficiencias debido a su pobre regulación normativa, dejando en manos de los usuarios las

formas de estructurar estas figuras contractuales atípicas, ocasionando malos planteamiento de contratos y por consiguiente desprotección al activo más valioso de una empresa, cual es el secreto comercial.

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

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

En la presente investigación se analiza la problemática existente en los contratos de franquicia relacionados con la cláusula de exclusividad comercial y territorial, que en algunos eventos puede generar la vulneración de los derechos de los franquiciados dentro del citado contrato.

1. Generalidades del problema

1.1. Descripción del problema

La globalización, los tratados de libre comercio, los convenios entre países para expandir las economías en la actualidad han traído consigo oportunidades y estrategias de expansión de mercados en la mayoría de los países donde se presenta una actividad comercial de diferentes niveles, ya que si bien es cierto existen economías de primer, segundo, tercer nivel etc.,; éstas cuentan con formas de ampliar sus negocios en otros lugares convirtiéndose en un mercado sin fronteras y de cierta manera integral, tal forma se desarrolla bajo el contrato de franquicia, donde “el contrato es hoy en día una de las fuentes más importantes de las obligaciones, teniendo en cuenta que a través de su ejecución permite satisfacer distintas necesidades y fines dentro de la sociedad” Plazas, (2010).

Al decir de Plazas (2010) la importancia de los contratos de franquicia en la actualidad es tal que pretenden satisfacer las necesidades y fines dentro de la sociedad ejecutándose dentro de un mercado nacional e internacional. La franquicia es un negocio en donde predomina el éxito y el menor riesgo de fracaso. De la misma manera posibilita el crecimiento y la expansión hacia otros países.

El Código Deontológico Europeo, (1991) adoptado por la Federación Europea de

Franquicias define la franquicia como un sistema de comercialización de producto y/o servicio y/o tecnologías basadas en una continuidad estrecha y continua entre empresas jurídicas y financieramente independientes, franquiciante y sus franquiciados individuales, por el cual el

franquiciante concede al franquiciado el derecho e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del franquiciante.

Hoy en día la franquicia ha adquirido un posicionamiento a nivel internacional donde se presenta como método viable y sólido y herramienta para las negociaciones. En Europa se encuentran más de 5.000 marcas bajo este sistema, los países con mayor tradición en Europa son: España, Francia, Gran Bretaña, Italia y Portugal. Por su parte, en América específicamente en Estados Unidos, México, Brasil y Argentina es en donde ha existido un mayor auge de esta figura jurídica.

En Colombia en el 2005 el Banco Interamericano de Desarrollo, financió el Proyecto de Franquicias Colombianas, el cual fue ejecutado por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Este proyecto tuvo como fin primordial fortalecer las PYMES, al darles la franquicia una herramienta que le permitiera crear nuevos puntos de venta sin necesidad de contar con recursos financieros propios, ampliando así sus redes de comercialización.

En Colombia, no existe una regulación expresa del contrato de franquicia, pero es posible su celebración por vía del principio de la autonomía de la voluntad, siempre y cuando no vaya en contra de la ley, ni del orden público. El contrato de franquicia es de colaboración empresarial, ya que las partes persiguen un mismo fin, con el que se pretende propender por el éxito comercial del negocio.

Asimismo, al ser este un tema de actualidad, cualquier empresa que goce de un adecuado posicionamiento en su entorno de actuación, y que cuente con ciertas perspectivas de crecimiento, no puede dejar de ver en la franquicia una de las alternativas más rentables y eficaces para la consecución de sus objetivos relativo a la cobertura de nuevos mercados Mosquera, (2010).

Por su parte, se analiza el régimen de responsabilidades entre las partes (franquiciante–franquiciado) desde una óptica que ofrece la doctrina nacional e internacional, pues en Colombia se encuentra una limitación en cuanto a la legislación existente, pues al tratarse la franquicia como un contrato atípico no existe una regulación clara y expresa del tema en sí. Es por ello la importancia al estudio de las franquicias, en el territorio colombiano.

De acuerdo con lo antes expuesto, se estudia la cláusula de exclusividad territorial dentro del contrato de franquicias, determinando si esta debe interpretarse como una cláusula natural de los contratos de franquicias o como una cláusula dispositiva que beneficia a una de las partes (franquiciante).

Cabe destacar que el objetivo es convertir las cláusulas abusivas adoptada por una de las partes dentro del contrato, respaldando la teoría de que para situaciones en concreto la naturaleza del contrato de franquicia está encaminada a ser un contrato de adhesión, faltando a su vez a los deberes secundarios de conducta, en especial el deber secundario de información por parte del franquiciante en la etapa precontractual.

1.2. Formulación del problema

¿Cuándo se genera responsabilidad en el contrato de franquicia por las cláusulas de exclusividad comercial y territorial?

1.3. Sistematización del problema

Se pretende identificar bajo la jurisprudencia internacional casos referentes a la responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado y establecer la funcionalidad que tiene la cláusula referida a la exclusividad comercial y territorial a favor de uno de los contratantes.

1.4. Justificación

Partiendo del hecho del aumento y desarrollo de la figura de la franquicia en el tráfico jurídico, se da a conocer este proyecto de investigación, con el fin de analizar las situaciones que se puedan presentar, sobre las problemáticas en el área estudiada.

En nuestro caso de estudio se trata de la problemática referida a la cláusula de exclusividad comercial y territorial en el contrato de franquicia, la no regulación expresa en el ordenamiento jurídico, el poco desarrollo jurisprudencial y la mínima mención doctrinaria sobre este tema en concreto hacen de este problema jurídico un tema de interés actual.

De acuerdo con Vargas, (2014), la franquicia se ha perfeccionado con éxito no solamente en Estados Unidos, Canadá y los países europeos. El desarrollo rápido de los mercados de los países de América Latina también se debe a las franquicias. Según los datos de la Federación Iberoamericana de Franquicias (FIAF, 2017) son siete los países donde la franquicia tiene una mayor presencia en su economía, destacando por encima de todos ellos Brasil y México. Les siguen Argentina, Uruguay, Chile, Colombia y Venezuela.

De acuerdo con las estadísticas enunciadas, un 85% de las empresas se cierran en los primeros cinco años de su funcionamiento. Por el contrario, las que trabajan con el modelo de franquicia, se cierran sólo un 14%, en otras palabras, una de cada ocho. Esto nos hace demostrar que el modelo de franquicias está cada vez en más aumento siendo de importancia abordar estas problemáticas desde la academia, haciendo aportes a la doctrina mercantil y brindando información que pueda ser de ayuda para las partes durante un proceso precontractual y contractual en esta área del mercado.

Al momento de iniciar la investigación, no se tenía claridad sobre el entorno que rodeaba al contrato de franquicia en el país. De hecho, se presentaban diferentes situaciones que hacían de esta figura jurídica un asunto ajeno para la sociedad en general, mostrando confusión sobre la naturaleza jurídica, sin regulación alguna en la normatividad nacional y siendo algo frente a lo que el mercado en general conocía su existencia, pero sin saber exactamente de qué se trataba.

Al tener en cuenta ese entorno dentro del cual se manejaba la franquicia, surgió la inquietud de dar claridad a determinados aspectos puntuales como la naturaleza jurídica del acto, las ventajas y desventajas de su práctica, las limitaciones que presenta, entre otras.

A pesar del escaso tratamiento que se le ha dado a la franquicia en el país se han realizado varios pronunciamientos sobre el tema, especialmente de la Cámara de Comercio, (2015), que ha venido desarrollando mediante publicaciones seriadas, diversos instrumentos y ensayos jurídicos, herramientas vitales para la iniciación del estudio minucioso de esta figura.

De acuerdo con lo antes expuesto, se justifica esta investigación con el fin de abordar la problemática sobre la naturaleza e interpretación de las cláusulas de exclusividad comercial y territorial en el contrato de franquicias.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Analizar la responsabilidad en el contrato de franquicia generada por las cláusulas de exclusividad comercial y territorial.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Determinar en la jurisprudencia internacional la responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado.

-Describir la funcionalidad que tiene la cláusula de la exclusividad comercial y territorial a favor de uno de los contratantes.

-Enumerar las normas colombianas en un eventual conflicto de responsabilidad por parte del franquiciante por actos del franquiciado.

2. Marco de referencia

2.1. Estado del arte

Se toma como referente el trabajo de Corredor, (2015), titulado La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros, en el cual se presenta un trabajo bajo la globalización, las nuevas estrategias del mercado han venido apropiándose de las sociedades, las cuales al ampliar su visión de desarrollo económico, acuden como estrategia a la figura de las franquicias, estructurándolas bajo un contrato donde se estipulan obligaciones, derechos, cláusulas y régimen de responsabilidades entre las partes.

Este último es el objeto de la presente investigación, dirigida a profundizar el estudio de la responsabilidad del franquiciante, cuando éste se ve comprometido patrimonialmente por perjuicios ocasionados a terceros, bien sea consumidores o clientes de la franquicia. Para llegar a un análisis descriptivo conceptual, se hizo mención de los antecedentes más relevantes, la estructura jurídica, así como la jurisprudencia nacional e internacional, dónde se observó, bajo la óptica de cada una de las Cortes y de los Tribunales, si el franquiciante está llamado a responder o no. Criterios que nos ayudan a concluir que serán los derechos de protección al consumidor los que determinarán la responsabilidad del franquiciante.

Asimismo, se tiene la investigación titulada el contrato de franquicia su generalidad y atipicidad como factores de la inestabilidad contractual, realizada por Ortiz, (2013), donde se indaga como eje fundamental para la realización de los contratos de franquicia la función del registro, pues este, tiene una connotación de reconocimiento a la actividad comercial del

empresario ofertante, reconocimiento que se encuentra limitado en la competencia dentro del espacio geográfico en el que es competente la entidad inscriptora del registro en mención.

Por su parte, Lecompte (2013), en su artículo titulado la responsabilidad del franquiciante y franquiciado frente al consumidor, expresa que el nuevo Estatuto del Consumidor consagra normas encaminadas hacia la efectiva protección de los derechos de los consumidores, de tal forma que se logre un conocimiento claro de estos y al mismo tiempo apuntar a una plena seguridad jurídica en la materia. Sin embargo, se evidencian graves falencias de técnica legislativa, como por ejemplo la falta de reglamentación de figuras tales como la franquicia, la cual ha sido relegada a un segundo plano, por lo cual es necesaria la consideración de teorías extranjeras sobre la responsabilidad para hallar solución a las controversias que se susciten en torno a esta. Este artículo pretende establecer la responsabilidad de tanto franquiciante como franquiciado frente al consumidor, al esfuerzo por consolidar el sistema de tutela a la persona dañada en el contrato de franquicia.

Navas (2009), en su trabajo el contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. Este 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.

Gómez (2010), en su artículo titulado “Estrategias de Protección del Know How en el Contrato de Franquicia de Servicios En Costa Rica” Las grandes corporaciones que han triunfado en los diferentes mercados, y que se consolidan cada vez más, deben sus resultados a

esfuerzos, trabajo, dedicación, experiencia e inversión. Este tipo de activo que podemos llamar know how, constituye lo más valioso que un comerciante pueda tener, pero de manera paradójica, resulta ser también el más difícil de proteger.

El problema surge cuando nos preguntamos sobre las formas en que el franquiciante puede proteger su know how frente al franquiciado y a terceras personas, debido a que no existe forma alguna que consideremos efectiva para tal efecto, es por ello que nace esta investigación, partiendo como objetivo principal sistematizar conocimientos del problema suscitado, además de analizar y proponer nuevas soluciones al problema presentado, siempre dentro del marco normativo en nuestro ordenamiento jurídico.

Ramírez, (2016), en su trabajo El Contrato de franquicia y sus efectos laborales, donde se darán a conocer los posibles efectos jurídicos que se derivan del contrato de franquicia en el campo del derecho laboral desde la ejecución y puesta en marcha de un Contrato de Franquicia. Para llegar a la explicación y exposición de motivos de esta investigación hace un breve recuento histórico sobre el origen de las franquicias, atravesando por su evolución teórica, práctica y jurídica. Posteriormente analiza las condiciones laborales en que se encuentra inmersa la práctica comercial de la franquicia, así mismo un breve análisis del clausulado genérico del contrato a nivel nacional e internacional para finalizar con un análisis de lo anterior frente al Programa de Trabajo Decente y Trabajo Digno de la OIT. El final del documento se compone de un análisis de la responsabilidad que se pueda predicar de la ejecución del contrato, ya sea de carácter civil contractual o extracontractual, de las características de la responsabilidad laboral y sus efectos entre las partes contractuales.

Para finalizar, Carrasquilla & Álvarez (2017), en su obra El contrato de franquicia y su tratamiento en el derecho de la competencia en la Unión Europea, realizan un estudio del contrato de franquicia como contrato atípico en Europa, explicando su concepto, características y principales cláusulas usadas en el mismo. Finalizan con un análisis sobre las principales prohibiciones que a la luz de la competencia desleal se han vislumbrado en Europa, dentro de las cuales se encuentra, la inclusión de cláusulas de exclusividad y umbrales de mercado.

2.2. Marco legal

Como hemos mencionado anteriormente, en España no existe una ley que regule concretamente el contrato de franquicia, por lo que se considera conveniente precisar las normas que se refieren a esta figura indirectamente; son las siguientes: títulos primero y segundo, libro IV, del Código Civil sobre obligaciones y contratos; artículos 51 a 53 del Código de Comercio; el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (no regula la franquicia industrial); el Real Decreto 201/2010 , por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores; el Real Decreto 1816/1991 sobre Transacciones Económicas con el Exterior; Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación; Ley 17/2001 Marcas; Ley 11/1986 de Patentes; Ley 15/2007 de defensa de la competencia; Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

En el Derecho comunitario, encontramos el Reglamento 330/2010 de la Comisión Europea relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, el cual es directamente aplicable al contrato de franquicia. De las normas mencionadas, el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en adelante LOCM, contiene el acercamiento más importante que existe actualmente en España a una definición de franquicia.

Este artículo dice:

“Artículo 62. Regulación del régimen de franquicia.

1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.” Lo primero que hay que resaltar es que, aun que el artículo 62 de la LOCM se denomine “Regulación del régimen de franquicia”, en realidad en sus tres numerales solo podemos encontrar una definición de la actividad comercial en régimen de franquicia (en el numeral primero), un deber de registro y unas obligaciones de información precontractual que deben ser entregadas al franquiciado por escrito (en los otros dos numerales).

Este artículo se encuentra, por lo tanto, lejos de suponer una regulación completa del contrato de franquicia. Por otro lado, resulta pertinente señalar que la definición del régimen de franquicia contenida en el numeral primero se encuentra lejos de poder ser aplicada a todos los contratos de franquicia en general, ya que ésta no puede aplicarse a la franquicia industrial. La razón es que el ámbito objetivo de la norma de regulación del comercio minorista no puede comprender ni regular acuerdos de empresas fabricantes de productos.

Sin embargo, la principal crítica doctrinal que se le hace a este artículo es su amplitud conceptual, la cual puede llevar al intérprete a incluir como franquicia muchos acuerdos que no tienen tal naturaleza.

Adicionalmente, aunque la norma sitúa la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios como el núcleo esencial que comprende el sistema de franquicia, lo cierto es que no especifica qué prestaciones deben encontrarse comprendidas dentro del mismo, como lo son el know how, los signos distintivos y la prestación continua de asistencia técnica.

Por su parte, el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, en adelante RDACF, en su artículo 2 define la actividad comercial en régimen de franquicia de la siguiente manera:

“Artículo 2. Actividad comercial en régimen de franquicia. 1. A los efectos del presente Real Decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

a. El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.

b. La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y

c. La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.”

3. Diseño metodológico

3.1. Tipo de investigación

La investigación desarrollada es de tipo Analítica descriptiva que según Danhke, (1989) citado por Hernández, et al (2003) p. 117). La define como “La Investigación Descriptiva busca especificar las propiedades, las características y los perfiles importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis”

De acuerdo con el autor antes mencionado la investigación descriptiva busca relacionar todo lo referente con el tema de franquicia, así como la recopilación de información para dar una perspectiva propia de lo que se maneja en el mundo de la franquicia.

Con este tipo de investigación se logra caracterizar un objeto de estudio o una situación concreta, señalar sus particularidades y propiedades. Asimismo, se ordenan, agrupan o sistematizan los objetos involucrados en el trabajo indagatorio. Esta forma de investigación requiere la combinación del método analítico, para aclarar ideas en cuanto a la franquicia se refiere.

Por ende, se realiza una investigación de Tipo Analítica Descriptiva con un enfoque cualitativo, abordando trabajos anteriores sobre las franquicias a nivel nacional e internacional, para la recopilación de información.

3.2. Método

Para el desarrollo de este proyecto y de acuerdo con un análisis descriptivo conceptual, se hizo mención de los antecedentes más relevantes, la estructura jurídica, así como la jurisprudencia nacional e internacional.

Al desarrollar la investigación, fue necesario tener en cuenta el método de análisis y síntesis, el cual es el proceso de conocimiento que se inicia por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad.

3.3. Técnicas e instrumentos para la recolección de la información

La fuente de información utilizada fue la secundaria a partir del análisis documental y la revisión bibliográfica.

De acuerdo con lo antes expuesto se define el análisis documental según García (1963), considera el análisis documental como la esencia de la función de la Documentación, ya que es el análisis el que pone en contacto al documento con el usuario por medio de una serie de operaciones intelectuales complejas cuyo resultado es la representación del documento de una manera condensada y distinta al original. Incide, en su concepción, en el análisis interno de los documentos en su doble vertiente de indización y resumen.

Asimismo, la observación según Bunge (2000), es la técnica de investigación básica, sobre las que se sustentan todas las demás, ya que establece la relación básica entre el sujeto que observa y el objeto que es observado, que es el inicio de toda comprensión de la realidad.

La revisión bibliográfica comprende todas las actividades relacionadas con la búsqueda de información escrita sobre un tema acotado previamente y sobre el cual, se reúne y discute críticamente, toda la información recuperada y utilizada. Su intención va más allá del simple hojear revistas para estar al día en los avances alcanzados en una especialidad, o de la búsqueda de información que responda a una duda muy concreta, surgida en la práctica asistencial o gestora. El investigador desea una perspectiva completa sobre el saber acumulado respecto a un tema, y para alcanzarlo deberá desplegar una estrategia eficiente, entendiéndose como tal, aquélla que le garantice recuperar el mayor número de documentos esenciales relacionados con su investigación.

4. Responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado en el estamento internacional

Para llegar a lo que hoy en día conocemos como franquicia es necesario conocer el desarrollo y evolución que tuvo este concepto a través de la historia. Por consiguiente, tomamos como punto de partida los principales antecedentes que marcaron el comienzo de una de las figuras jurídicas del derecho comercial más utilizadas, no solo en Colombia sino en casi la mayoría de los países del mundo.

Para empezar, el origen etimológico de la palabra franquicia viene del vocablo *francher* que significa “conceder”, mediante cartas de franquicia un privilegio, o renunciar a una servidumbre Castro, (2005). No obstante, en el diccionario de traducción de inglés–español *franchise* se traduce como: privilegio, patente concesión social, derecho de votar, porcentaje mínimo de responsabilidad del asegurado; y en materia fiscal o aduanera impuesto de privilegio, o patente sobre concesión, derecho de licencia. Lo que significa que la palabra franquicia contiene dos acepciones las cuales dependen del sitio en el que se esté empleando la palabra, ya que en Francia se contempla como un beneficio de carácter administrativo mientras que en nuestro entorno es más un sistema de distribución comercial.

Ahora bien, se toman las palabras de González, (2010):

Entre 1850 y 1860 la *Singer Sewing Machine Company*, con el fin de disminuir la carga salarial, estableció un sistema mediante el cual otorgaba franquicias a comerciantes para que éstos vendieran las máquinas de coser en un determinado territorio, lo que le permitió tener presencia en el mercado norteamericano. En 1898, la *General Motors* no contaba con el capital necesario para expandirse en el mercado estadounidense, por lo cual utilizó la franquicia como estrategia para solucionar su problema

de capital, y de este modo creó una red de distribuidores manteniendo la independencia jurídica y financiera entre productores y distribuidores. Posteriormente, en 1899 Coca-Cola que distribuía básicamente su producto a través de fuentes de soda, otorgó la franquicia para el embotellamiento de sus productos y así surgieron las primeras embotelladoras y contrato de franquicia para este fin. A comienzos del siglo XX otros empresarios norteamericanos comenzaron a utilizar la figura de la franquicia como un método de comercialización de productos y de servicios, tales como en 1821 Herz Rent a Car (franquicia de servicios), Piggly Wiggly (supermercado) y, A y W Root Beer (comidas rápidas).

Luego de la Segunda Guerra Mundial las franquicias llegaron a convertirse en la salida que propondría el gobierno para todos aquellos soldados recién llegados de la guerra, los cuales no poseían experiencia en el manejo y dirección de alguna empresa, pero si contaban con la necesidad y la actitud de establecer una idea de negocio de forma independiente; periodo en el cual nacen unas de las principales franquicias hoy conocidas como McDonald's, Dairy Queen, Baskin Robbins entre otros.

4.1. Origen de la palabra franquicia

El concepto de Franquicia tuvo su origen en la edad media en Francia, donde el término “franc” (libre), significaba dentro del lenguaje antiguo, el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el Soberano concedía a algunos de sus súbditos, en relación a servicios militares, recaudación de impuestos y derechos territoriales Mellini, (2008). Posteriormente, dichos privilegios concedidos por el Rey fueron exclusivamente otorgados para realizar determinados actos forestales, de pesca o de mercado Chulia (2000).

La primera Carta de franquicia que se conoce, data de 1.232 proveniente del municipio de Chamberry. Dicho instrumento nace como medio facilitador en la aplicación de la burocracia, pues al igual que en los principados de Italia, unidos por Federico Segundo de Suabia, se

evidenció que el Rey no podía ser omnipresente y que debía delegar en otros hombres de su confianza o interés, la administración de todos sus territorios de acuerdo con la distribución estratégica que se estableciera. El Rey necesitaba tener un gobernante para cada división del territorio y así mantener su imperio, y a su vez, se explotarán sus riquezas fisiocráticas. El monarca, recurría a los particulares para que éstos administraran ciertos servicios y financiaran la producción de determinados sectores, permitiéndoles obtener ganancias de dicha actividad con la obligatoriedad de entregarle a éste una gran parte de lo recaudado Macías (2006).

Sin embargo, no sobra resaltar que los antecedentes más remotos y conocidos del Contrato de Franquicia se le atribuyen a la Iglesia Católica, pues esta Institución, otorgaba permisos a ciertas personas para que recaudaran los impuestos que debían ser pagados a la Iglesia para poder cumplir sus funciones de apostolado y educación. Es así como la Iglesia concedía a ciertos señores feudales facultades extraordinarias para que actuaran en su nombre, y así poder recolectar los diezmos, tomando una parte fijada con anterioridad como comisión y dando el resto a la Iglesia.

En el siglo XV se encuentra un precedente interesante. En Florencia (Italia) se conoció a la figura de franquicia como una forma de centralizar el comercio de sedas y especias, brindándole a un único comerciante la facultad de establecerse en un determinado territorio para crear un sistema de comercio frente a otros comerciantes asociados, con el objeto de ofrecer al público los productos a él encargados. Aun así, este modelo de mercadeo no puede determinarse propiamente como contrato de franquicia tal y como se conoce en la actualidad, ya que en su momento fue previsto como un medio de distribución de productos, sin tener en cuenta los elementos necesarios para configurar el contrato Quattrociochi (2009).

El origen moderno de la franquicia se encuentra incuestionablemente en los Estados Unidos de América Aldave (2005), al menos en lo referente a la distribución de productos y servicios. Se le atribuye a la compañía Singer Sewing Machine Company, productora de máquinas de coser, como pionera en la utilización del sistema de franquicias a principios del siglo XIX (1820).

Posteriormente, tras la Guerra de Secesión, las empresas manufactureras del norte, en ausencia de personal y capital por consecuencia de la guerra, se vieron obligadas a expandir sus mercados de tal forma que concedieron derechos exclusivos para distribuir sus productos a comerciantes independientes del sur que tenían la necesidad de solventar la deteriorada economía de post guerra del territorio, a consecuencia del fuerte golpe que causó la destrucción de los campos de algodón (principalmente) actividad donde se soportaba toda su economía antes del conflicto. Además, para un empresario del norte era complicado establecer por su propia cuenta negocios en el sur del país por la complicada situación social que se suscitó, así como le era difícil a un comerciante del este, abrir puntos de distribución en el oeste por la dificultad en recorrer la extensa distancia.

En Francia, la franquicia moderna comenzó a conocerse en 1.950 a través del sector de la distribución con las cadenas Prenatal, Phildar, Nataly's. Años después, comenzando la década de 1.960, Andre Et Simone, Mahler y Pornuptia, implementaron su uso. Hasta tomar su verdadero apogeo a mediados de los años 70 cuando la Federación Francesa de Franquicia (FFF), agrupó a varios profesionales y empresas líderes en la materia para darle un ordenamiento al mejor estilo de las corporaciones mercantiles de la edad media.

4.2. Nociones preliminares

El contrato de franquicia constituye una figura contractual de relativa antigüedad que ha alcanzado un notorio auge y desarrollo en los actuales tiempos, sobre todo con la serie de transformaciones económicas dirigidas principalmente a fortalecer la apertura comercial y la economía de mercado. En efecto, los fabricantes siempre buscan diversos mecanismos para asegurar la introducción de sus mercancías y a la vez, la protección de sus derechos. De ahí surge la tendencia a la creación e innovación permanente mostrada por los operadores económicos, que conduce inexorablemente a la continua creación de nuevos contratos, como son los contratos de franquicia de distribución Vega, (2012).

Estos contratos son unos instrumentos muy apropiados para la penetración en los mercados exteriores, sobre todo, para las empresas que quieren vender productos o servicios en el mercado europeo, puesto que permiten superar las principales dificultades que plantea la distribución comercial internacional de carácter regional como es la de ese ámbito.

Así también, para la Unión Europea, (2001), estos contratos responden de forma muy directa a la necesidad de internacionalizar la estrategia comercial de las empresas europeas en el marco del mercado interior. Asimismo, se basa en un objetivo principal para las empresas europeas el incrementar los esfuerzos de comercialización en todo el territorio comunitario. Como es asimismo un imperativo el acatamiento de las normas del derecho comunitario de la competencia.

4.3. Derivación de otros contratos de acuerdo a la franquicia

De acuerdo con Kleidermacher, (2005) encuentra el origen del contrato de franquicia como la derivación de otro contrato mercantil: el de licencia comercial. Desde este punto de vista, una persona que genera una nueva creación, o un nuevo modelo de servicio, patenta el mismo para conservar sus derechos sobre este, y posteriormente otorga una licencia para la producción, distribución, venta o uso de ese invento.

En vista de la ideal respuesta en el mercado de este sistema de licencia, otros empresarios adoptaron modelos similares, que fueron evolucionando con el tiempo agregándole elementos al contrato, derivando en una total modificación del mismo. Por otro lado, se sucedieron casos donde los productos finales distribuidos al público no cumplían con los requisitos de calidad que el otorgante de la licencia esperaba para su invención.

Lo anterior obligó a los otorgantes a tomar medidas al respecto, como la inclusión en el contrato de una serie de cláusulas, por medio de las cuales se obligaban a los adquirientes de la licencia a mantener niveles mínimos de calidad y se fijaba una multa determinada en caso de incumplimiento. Siendo estas medidas insuficientes para lograr los resultados esperados, se incluyó una nueva facultad para el licenciante que implicaba la reserva de inspeccionar periódicamente el trabajo de los licenciados, con el fin de asegurarse por cuenta propia del óptimo nivel de desarrollo de los productos y la entera satisfacción del público al cual se dirigían, lo cual conllevaría una mayor demanda, traducida en más ingresos para el licenciante y el productor.

La razón por la cual, la mayoría de las veces, se otorgaba una licencia sobre una invención propia era la ausencia de recursos económicos del licenciante para desarrollar el nuevo modelo a nivel industrial, por lo que la razón primordial al momento de elegir un licenciado consistía en que éste contara el suficiente capital para poder desarrollarla.

Con la evolución del comercio en el mundo, el modelo de licencia comercial no obstante lo anterior, presentó vacíos legales en torno al cubrimiento de las obligaciones que surgían para cada una de las partes. Por ello, los protagonistas del comercio empezaron a buscar un modelo contractual por medio del cual se lograrán suplir todos estos vacíos, resultado de ello, postura a la cual se adhiere la presente investigación, el contrato de franquicia tal y como se le conoce en la actualidad.

4.4. Definición de franquicia

La operación de franquicias es una relación contractual entre el franquiciante y el franquiciado, en el cual el primero ofrece y está obligado a mantener un interés continuo en el negocio del segundo en asuntos tales como Know How y entrenamiento, en esta operación el franquiciado usa el nombre comercial común, de acuerdo con un formato o patrón establecido y controlado por el franquiciante. Esto implica que el franquiciado invierta sus recursos en su propio negocio.

También existe El Código Deontológico Europeo (1992), por las Asociaciones o Federaciones Nacionales de Franquicia, que pertenecen o forman parte de la Federación Europea de La Franquicia, y la define de la siguiente manera:

Es un sistema de comercialización de productos, servicios o tecnología, basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas legales y financieramente distintas e independientes, el franquiciador y sus franquiciados individuales, por el cual el franquiciador concede a sus franquiciados individuales el derecho e impone la obligación de llevar un negocio de conformidad con el concepto de franquiciador.

También se ha dicho, según Vanegas citado en Navas, (2009), 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 mercados.

4.5. Contrato de franquicia

Durante la evolución del derecho mercantil a nivel internacional, diversos autores e inclusive la jurisprudencia sobre la materia, han intentado emitir diferentes conceptos con los cuales únicamente se ha descrito el negocio, o sus relaciones derivadas, sin haber obtenido uniformidad de criterios, fallando en el intento de crear una única y completa definición del contrato.

De lo antes expuesto Guyenot, (1993) define la franquicia como:

“un método de colaboración entre una empresa denominada “franchisor” y una o varias empresas denominadas “franchisees”. Según esta definición la franquicia implica para la empresa franchisor, quien es el titular de una marca o de un emblema que representan una fábrica, un comercio o un servicio, la obligación de poner a disposición de la empresa franchise, a título oneroso, primeramente su habilidad, los medios y la asistencia para facilitarle su éxito y, además, un conjunto de productos o servicios explotados previa, obligatoria y totalmente de acuerdo a técnicas comerciales uniformes, originales y constantemente puestas al día”

4.6. Partes del contrato

4.6.1. Franquiciante

Persona natural o jurídica, también conocida como “franchisor”, “franquiciador”, con calidad de comerciante, en la cual recaen los derechos de dominio sobre un conjunto de bienes o servicios; procedimientos industriales; procesos de producción o distribución; estrategias de mercadeo, de publicidad o comercialización; sistemas de administración y control interno; Know How; y demás elementos que sirven de mecanismos con los cuales logra el desarrollo de su actividad comercial, diferenciados por una determinada marca, nombre comercial, signos distintivos transferidos o cedidos a título no translaticio de dominio, a una persona natural o jurídica la cual goza de la calidad de comerciante, denominada franquiciado.

También se conoce al franquiciante como aquel sujeto que detenta la marca y el Know How de comercialización de un determinado bien o servicio, cediendo contractualmente los derechos de reventa y uso y proveyendo asistencia en la organización, gerencia y administración del negocio para los franquiciados.

4.6.2. Franquiciado

Persona natural o jurídica, conocida también como “franchisee” o “franquiciatario” con calidad de empresario, jurídicamente independiente a la persona del franquiciante, la cual recibe a cambio del pago en dinero de un derecho de entrada, la facultad contractual de explotar económicamente los bienes y servicios en cabeza del franquiciante señalados anteriormente,

para establecer en un territorio delimitado geográficamente y por un término prefijado, un establecimiento comercial con base en las indicaciones establecidas por el franquiciante, con el ánimo de captar recursos del mercado, bajo la tutela de éste, asumiendo de forma independiente los riesgos económicos que del éxito del establecimiento sobrevengan.

Será el franquiciado aquél sujeto que adquiere contractualmente el derecho de producir y/o de comercializar el bien o servicio dentro de un mercado exclusivo utilizando los beneficios de la marca y el apoyo para el gerenciamiento del negocio que intenta replicar.

4.7. Responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado

De acuerdo con todo lo anteriormente expuesto es necesario señalar que las responsabilidades del franquiciante por los actos o hechos que afectan a terceros existen posiciones encontradas. No obstante, se debe tener en cuenta lo siguiente: La responsabilidad implica la realización de un daño y por consecuencia la obligación que genera al indemnizar, lo que crea entonces una relación entre quien crea el daño y quien lo sufre.

A su vez, González, (2013) sintetiza la responsabilidad civil como un deber de indemnizar donde existe un derecho de crédito del que es titular o acreedor o perjudicado y un deber de prestación del que es deudor o el responsable. Puede ser que este sea el mismo autor del daño, responsabilidad por “hechos propios” y cabe que la responsabilidad recaiga sobre una persona distinta del autor del daño, responsabilidad por “hechos ajenos”.

Con base a lo anterior, se ha diferenciado la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, dónde la primera parte inicialmente de un acuerdo de voluntades en que las personas entre si se han trazado un camino con tal de cumplir con los compromisos adquiridos, los cuales son consecuencia del negocio pactado entre ellos, mientras que la responsabilidad extra contractual claramente se ve que no hay acuerdo de por medio y juegan otros elementos para que se configure.

Así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 19 de febrero de 1999: “opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce”. De acuerdo con lo expuesto en el discurso anterior, se deduce que el deber de reparar un daño tiene su origen entre las personas las cuales no muestran alguna obligación como tal, puesto que atenta contra el deber genérico de no causar un agravio o daño a los demás, más no un daño generado por motivos contractuales.

4.7.1. Responsabilidad dentro del Contrato de Franquicia

Concibiendo el término de responsabilidad contractual, se sostiene en el campo de la relación un manejo entre el franquiciante y el franquiciado, los cuales representan la parte principal dentro del contrato de cumplimiento y los clientes o consumidores, definidos como los beneficiarios con los cuales se estudia si hay cabida a este tipo de responsabilidad.

Así, al producirse un daño al consumidor producto resultante de la relación contractual, como podría ser un perjuicio derivado de un producto defectuoso, se ratifica por el Estatuto del Consumidor Colombiano, ley 1480 de 2011, artículo 5°, al definir el producto defectuoso como “aquel bien mueble o inmueble que en razón de un error en el diseño, fabricación, construcción, embalaje o información, no ofrezca razonable seguridad a la que toda persona tiene derecho”; por lo que contractualmente se estaría generando un perjuicio. Ahora, imaginemos un franquiciante que celebra un contrato de franquicia con todos los requisitos con el franquiciado quien contrata el uso y licencia de un software, quien empieza a hacer uso del software de información y en el transcurso del tiempo en su funcionamiento, este salió defectuoso y los datos insertados allí de los clientes o beneficiarios se perdieron causándose un perjuicio claramente. ¿Debería el franquiciante responder por el daño causado? Así las cosas, en principio se tendría que analizar sí el daño que se produjo en el software fue atendiendo a todos los manuales de instrucción y funcionamiento requeridos para el mismo (know how), en este caso el franquiciante tendría que llegar a responder por los perjuicios causados; pero si por el contrario es el franquiciado quien manipulo de manera errónea la utilización del software, en ese momento el franquiciante podrá alegar alguna causal de exoneración de responsabilidad como podría la culpa exclusiva del mismo franquiciado.

5. Cláusula referida a la exclusividad comercial y territorial a favor de uno de los contratantes

Todos los derechos y las obligaciones que asumen las partes, la duración del acuerdo y las propias condiciones de resolución; vienen regulados en el propio contrato, por lo que resulta fundamental conocer muy bien cuál es el alcance de esos derechos, de esas obligaciones y de las condiciones resolutorias.

Según Carrasquilla & Álvarez (2017), el objetivo de las cláusulas de exclusividad territorial es evitar la competencia directa entre franquiciados en una misma zona territorial, lo cual se logra a través del compromiso del franquiciador de no instalar otros establecimientos en el territorio designado y de la obligación del franquiciado de no vender los productos más que en el establecimiento designado para ello. Claro está, puede suceder que la exclusividad se pacte solo a favor de uno de los contratantes, siendo generalmente el franquiciado el único obligado.

De acuerdo con lo antes planteado, la mayoría de los casos, las cláusulas que se disponen, se redactan de forma unilateral por la empresa franquiciadora.

El franquiciador está obligado a facilitar por escrito al franquiciado con una antelación mínima de 20 días hábiles a la firma del contrato o a la entrega de cualquier pago, toda la información necesaria que detalla la ley. A su vez, el franquiciador debe facilitar los datos de identificación, la acreditación y el título de propiedad, así como la licencia de uso de marca, describir el sector al que se dedica la empresa, la experiencia de la empresa, contenido y características.

En cuanto al contenido del contrato, la cláusula que regula la transmisión del know-how, marcas, símbolos, nombres y demás derechos de propiedad industrial está considerada como la clave de bóveda sobre la que se apoya el contrato de franquicia. Al fin y al cabo, la transferencia del know-how es el elemento fundamental dentro del contrato de franquicia.

Cabe destacar que para el contrato de franquicia se debe tener en cuenta la exclusividad y vigencia del contrato: Las cláusulas vinculadas con la exclusividad de vender únicamente los productos o servicios del franquiciador, implican una restricción a la libertad de industria y de comercio del franquiciado.

Asimismo, la exclusividad puede significar un derecho para este último, cuando se estipula a su favor la exclusividad para comercializar un producto o servicio en un determinado territorio. Por otro lado, también es conveniente prestar atención al tiempo de vigencia del contrato, ya que el plazo de duración y la exclusividad que se incluye en el contrato debe permitir al franquiciado recuperar la inversión.

Confidencialidad: Otra de las cláusulas que suelen imponer los franquiciadores es la de confidencialidad, que determina para el franquiciado la prohibición de divulgar los principios y los conocimientos transmitidos por la franquicia. Al mismo tiempo, es habitual que la franquicia exija al franquiciado la obligación de no desarrollar una actividad comercial en una zona o territorio donde pudiera competir con otro miembro perteneciente a la misma red de franquicia.

Limitaciones al derecho de “traspaso”: Otra cláusula que conviene tener en cuenta por parte del franquiciado es la prohibición de ceder o transmitir los derechos y obligaciones que se derivan del propio contrato de franquicia. Es importante saber, por tanto, que el franquiciado no

podrá “traspasar” a un tercero el negocio que puso en marcha en régimen de franquicia, a menos que el franquiciador autorice la operación.

Precio o regalía: En cuanto al precio a pagar por el uso de la franquicia, suelen establecerse distintas modalidades de contraprestación: un canon o derecho de entrada, los royalties o regalías acordados (suelen ser mensuales y pueden consistir en un porcentaje sobre ventas o resultados...) También puede pactarse otra regalía para la publicidad. En las franquicias llamadas de distribución no suele haber un canon, pues en estos casos el beneficio del franquiciador proviene del propio suministro de los productos.

En caso de conflicto: Otra de las cláusulas típicas en los contratos de franquicia es la de sumisión jurisdiccional, por medio de la cual las partes someten la resolución de cualquier conflicto que pueda surgir con motivo de la interpretación, aplicación o cumplimiento del mismo, al conocimiento de determinados Tribunales o Cámaras Arbitrales. El franquiciado deberá también tener en cuenta estas cláusulas, ya que podría verse perjudicado en el caso de que renunciando a su fuero propio, o al Juzgado que pudiera corresponderle, se fijara un Tribunal fuera de su domicilio, con los perjuicios económicos que de ello se deriva.

De acuerdo con la jurisdicción del estado colombiano se establecen leyes y normas que rigen la competencia desleal, tal como lo indica la Ley 256 (1996), en su artículo 19, donde se concibe la prohibición de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro.

Teniendo por objetivo la restricción en el acceso de los competidores del mercado y la monopolización en la distribución de los productos y servicios.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, y en vista de la comprensión la orientación que se le ha dado a la misma. Es necesario el análisis de las razones que se tienen a favor de los contratantes y en contra de las cláusulas de la exclusividad, así como los argumentos

jurídicos (legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios) por los cuales está prohibido pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro.

En síntesis, es de suma importancia exponer las razones a nivel económico que han utilizado a favor como en contra de las cláusulas de exclusividad. Es por ello por lo que Coloma (2003), en su libro “Defensa de la Competencia” hace un estudio sobre las prácticas verticales, entendidas como aquellas que para su consecución requieren de una concurrencia de empresas que se encuentran ubicadas en diferentes eslabones de una cadena de producción.

En efecto, este autor sostiene que las prácticas verticales se pueden presentar dentro de un contrato de distribución celebrado entre dos empresas y en el cual, aunque el bien no cambia físicamente, sí difiere de su ubicación espacial. Pero para que se pueda hablar de una práctica vertical, se debe constatar que una de las partes del contrato limite su accionar en ciertos aspectos en virtud de un compromiso asumido con anterioridad.

Así, las licitaciones consisten en precisar y pactar una exclusividad entendida como una restricción o barrera vertical, que se presenta cuando hay limitaciones con el cliente o distribuidor, el cual se encarga de comprar o distribuir los bienes y servicios que son suministrados por un proveedor, al menos para comprar a sus competidores.

Por lo antes expuesto se considera importante que Coloma (2003) resalta el hecho que no todas las prácticas verticales, y por lo tanto no todos los pactos de exclusividad son necesariamente anticompetitivos en sí mismos, aunque puedan implicar una limitación en el proceso de la competencia.

En autor, considera que puede ocurrir que a partir de una exclusividad vertical los distribuidores de un determinado producto se especialicen y por lo tanto se vuelvan más agresivos a la hora de competir con otros distribuidores que vendan un producto similar.

Asimismo, menciona el hecho de que es posible que, a partir de dichos pactos, se produzca un ahorro en los costos de transacción por cuanto permiten que las partes (o por lo menos una de ellas) los internalicen al evitar que se presente el denominado “problema de la cautividad”, en el que como consecuencia de una o varias transacciones una de las partes queda cautiva del oportunismo de la otra; o el problema del aprovechamiento gratuito, en el que distribuidores que no prestan sus servicios a un proveedor se terminan apropiando de los beneficios de quienes sí prestan dichos servicios (también denominado problema del free rider o del gorrón).

Al igual que el autor anterior, economistas como Van Den Bergh y Camesasca (2001), plantean que es cierto que las restricciones verticales pueden tener efectos perjudiciales, como el cierre del mercado y el aumento en los costos de búsqueda de los consumidores finales, también lo es que las mismas son preferibles pues pueden generar mayores eficiencias en el modelo de distribución elegido.

Estos mismos autores han sostenido, en relación con la Ley Antitrust de Estados Unidos que:

Hay un número de formas en las cuales los productores pueden usar tales restricciones [cláusulas de exclusividad] para competir de forma más efectiva frente a otros productores. Por ejemplo, los principiantes y los productores que ingresan a un nuevo mercado pueden usar las restricciones para inducir a los minoristas competentes y agresivos a hacer la clase de inversiones de capital y trabajo que se suelen requerir en la distribución de productos desconocidos por los consumidores.

Se presenta la idea de que, a partir de las restricciones verticales, y particularmente de los pactos de exclusividad, es posible resolver o internalizar las externalidades, pero siempre y

cuando se tenga en cuenta que en estos casos se puede presentar algún tipo de poder de mercado por parte del productor o del distribuidor, lo que no necesariamente implica una restricción de la competencia, ya que en muchos casos los mercados pueden funcionar de una manera más eficiente si cuentan con una restricción vertical que si esta no aparece.

Siguiendo con el estudio de las razones jurídicas por las cuales se justifica prohibir las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro, es decir, para comprender el artículo 19 de la ley 256 de 1996, se hace necesario evaluar los motivos mediante el cual el legislador considera importante para hacer una regulación más expresa en la competencia desleal, así como las razones que se consideran en los pactos de exclusividad en los contratos de suministro los cuales son definidos como competencia desleal.

Es así como se cita al senador Armando Estrada Villa, encargado de presentar el proyecto de Ley ante la República, en cuya exposición de motivos se hace énfasis en la libre competencia, incluyendo el mercado capitalista, el cual es el que se observa en un alto nivel en el territorio colombiano, igualmente sostiene que: “La libre competencia se convierte en la contienda entre empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela”.

Dicha libertad de competencia está protegida por el ordenamiento jurídico colombiano en diferentes estatutos, es así como la Constitución Política de Colombia habla de la libre competencia, en su artículo 26 se protege la libertad de escoger la profesión u oficio, pero sobre todo en el artículo 333 que establece que:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades [...] El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” y

en el artículo 336 que dice que “Ningún monopolio podrá establecerse sino como árbitro rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la Ley”; el Código Civil, en los artículos 1502 y siguientes, establece la libertad contractual.

Es propicia la ocasión para hablar del derecho positivo colombiano, el cual reconoce y protege la libre competencia, así también, tiene presente que dicha competencia puede conducir al aniquilamiento ilícito de las empresas débiles, al control monopolístico del mercado y a otras acciones que pueden resultar graves para el mercado, por lo que pareció necesario reglamentarla jurídicamente por medio de restricciones que tiendan a defender las actividades de una empresa en contra de los actos de otras empresas.

Es así como se habla, la “Ley de competencia desleal” que busca sancionar los actos desleales como tal, que son el reflejo de los medios empleados y de los fines que se están persiguiendo con ellos, sin que revista una especial importancia la calidad con la que concurre cada uno de los sujetos a la relación de competencia. Esta protección es importante porque “en aquellos casos en que no se dé la estricta relación de “competencia” entre comerciantes, sí pueden existir actos o hechos de competencia desleal a los cuales deberá aplicárseles la ley proyectada y no dejárseles por fuera” Fuentes, (1999).

Para finalizar, se da importancia a los motivos jurídicos y económicos, que sustenta la utilización de la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro, incluir las consideraciones que hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 1997 respecto a la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996. La Corte sostuvo en dicha sentencia que la cláusula de exclusividad podría llegar a convertirse en una barrera de entrada a los competidores y a los demás agentes económicos, ya que la distribución de un bien que se realiza a través de un solo canal comercial podría impedir a otros empresarios su colocación en el mercado o incluso el incremento del precio del bien en cuestión o inclusive un desabastecimiento

del mismo. Todo esto sería contrario al derecho constitucional de la libre competencia, por lo que según la Corte:

... el veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas, si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia. Sentencia C-535 (1997).

5.1. Cláusulas en los contratos de franquicia

Jaramillo, (2005), sostiene que este contrato es atípico en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que no está regulado de manera expresa y es considerado un contrato “exótico” en Colombia, a pesar de que se reconoce su importancia económica a la hora de expandir las redes de producción que han resultado exitosas.

En este contrato “... una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto impuesto, el derecho de utilizar su razón social y su marca para la venta de productos o servicios” Guyenot (2014).

En este tipo de contrato ya no se licencia sólo la marca sino la empresa como tal, de manera que el franquiciado las opera bajo unos parámetros estrictos determinados por el productor, quien recibe una remuneración como contraprestación, de manera que se logra estructurar una cadena de distribución más compleja pero más importante en el actual devenir del mercado mundial pues implica mayores beneficios tanto para el franquiciante como para el franquiciado, ya que les permite a ambos expandir sus posibilidades de negocios.

En este contrato el franquiciado no se limita a distribuir los productos y servicios del franquiciante, sino que él mismo desarrolla el negocio, lo cual propicia una gran integración entre ambas partes. El franquiciado hace la inversión necesaria para el negocio, es independiente por cuanto es el administrador de su propio negocio y no está subordinado al franquiciante, beneficiándose así de una potencial clientela que ya está establecida y estructurada.

Se trata de un contrato bilateral, oneroso, cuyas obligaciones se cumplen durante un período cuya duración por lo general extensa, depende de lo que las partes pacten. A este contrato se le identifican los siguientes elementos característicos: la empresa independiente, el traspaso del know-how, de las marcas y licencias, el control por parte del franquiciado de todos los procesos y operaciones que haga el franquiciante para la distribución del bien o servicio y la colaboración que se debe presentar entre ambas partes a efectos de garantizar el bien común y el éxito del negocio.

Por lo anteriormente expuesto se considera que el contrato de franquicia es de suma importancia y cumple con los requerimientos de la distribución, es decir, se celebra un contrato entre dos empresarios independientes para asociarse mutuamente durante un periodo de tiempo determinado, comercializando, aunque dicha comercialización tiene una característica especial: hay una cesión de facultades que implica que el franquiciado se encargue de tareas que, en principio, le corresponderían al productor. De esta manera, el franquiciante le indica al franquiciado los procesos que debe llevar a cabo para la distribución del bien o servicio objeto de la franquicia.

El contrato de franquicia cumple una función muy importante en el devenir económico globalizado. De acuerdo con Etcheverry (2001):

Esta función económica se afirma en tanto en cuanto la colocación de productos y/o servicios funciona tanto por la notoriedad de una marca de prestigio, como por la calificación profesional del tomador. El

otorgante no puede afrontar un mercado por sí solo sin soportar los excesivos costos y el riesgo de un nivel complejo de distribución; a la inversa, el tomador no puede por sí solo vender, sin el apoyo técnico y solvente del otorgante, propietario de un producto o servicio acreditado en plaza.

Finalmente, el contrato de franquicia ocupa un lugar relevante dentro de la categoría de los contratos de distribución, el cual, siendo atípico combina las prestaciones del contrato de licencia de marca con aquellas que derivan de un contrato de licencia de know how.

Se ha definido la franquicia como “[...] una técnica de desarrollo que permite a una empresa, la del franquiciante, dar en licencia su marca y sus métodos originales, o lo que se llama su know how (savoir faire) a una tercera persona, sea física o moral, con el objeto de obtener rendimientos económicos de sus conocimientos” Etcheverry (2001).

También se ha señalado que el contrato de franquicia constituye “un acuerdo de voluntades en virtud del cual un empresario (franquiciador o franquiciante) concede a otro empresario independiente (franquiciado), el derecho a reproducir un modelo de negocio desarrollado por el primero, mediante el uso de sus signos distintivos, otros derechos de las propiedades industriales, la imagen, el know how involucrado, bajo la estrecha supervisión del mismo.

A cambio de ello y por el derecho a pertenecer a la cadena, la franquiciada paga una remuneración al franquiciante, representada generalmente en un derecho de entrada (fee) y en unas sumas periódicas (regalías) que se causan durante toda la vida del contrato como porcentaje de las ventas y en otras prestaciones indirectas como la contribución al fondo de publicidad mediante el pago de cuotas sucesivas”.

6. Resolución eventual de conflictos de responsabilidad por parte del franquiciante por actos del franquiciado

Por norma general, en un Contrato de Franquicia, la ley aplicable será la ley del país en que esté domiciliado el franquiciador. No obstante, conviene tener en cuenta varias circunstancias y factores, como la seguridad jurídica en los países del Franquiciador y el Máster Franquicia antes de tomar esta decisión.

En cuanto a la resolución de conflictos que puedan surgir en un contrato de Máster Franquicia, el Arbitraje es generalmente la opción menos costosa y la que requiere menos tiempo. El Arbitraje ofrece un estadio flexible y neutral de negociación y permite a las partes elegir un árbitro con experiencia en el sector en el que se desarrolla la actividad de la franquicia.

Cualquier actividad o comportamiento humano en que intervengan dos o más voluntades libres que decidan unir sus esfuerzos para la consecución de un fin común, se ve expuesta a la existencia de conflictos. Por ello se deben tener en cuenta tres factores que, son fundamentales para resolver conflictos por parte del franquiciante, por actos del franquiciado:

1.- El franquiciador y el franquiciado son por definición empresarios independientes que evidentemente persiguen sus propios objetivos.

2- Los intereses del franquiciador y del franquiciado no son estrictamente coincidentes, sino sólo complementarios.

3.- La franquicia se caracteriza por ser una relación jurídico-económica de tracto sucesivo, preordenada a perdurar en el tiempo, por lo que sin duda se ha de ver afectada por numerosos cambios: evolución del mercado, modificaciones legislativas, problemas puntuales de tipo económico, personal, etc., susceptibles de provocar conflictos Palacios (2017).

Asimismo, bajo lo antes expuesto, se pueden juntar todas las técnicas o actuaciones por ambas partes para trabajar en pro y de una solución que beneficie a ambas partes sin intervención de terceros. Entre estas opciones se presentan:

a) Las conversaciones previas obligatorias. Conjugada como una previsión contractual, de gran tradición en el derecho anglosajón que consiste en condicionar la posibilidad de ejercicio de acciones judiciales (o acudir al arbitraje) a la celebración de una o más reuniones dirigidas a obtener una solución negociada. Cuando suceden conflictos que son muy fuertes, donde ninguna de las partes llega a un acuerdo, se determina la solución a través de esta sencilla técnica en la que las partes se obligan a sí mismas a sentarse cara a cara, exponer sus posiciones y sobre todo escuchar los razonamientos de la otra parte.

Partiendo de otro punto de vista, esta opción es una vía eficaz, con diferentes ventajas que no implica renuncia ni menoscabo del derecho de las partes a acudir a otros sistemas en caso de no alcanzarse un acuerdo.

La mediación. Otra opción que se puede aplicar para la resolución de conflictos es la mediación, donde las partes acuden a la ayuda de una tercera persona para alcanzar un acuerdo o fin que ponga punto final al conflicto, estos acuerdos son plasmados en un documento o contrato en el cual ambas partes firman y se comprometen a cumplir lo estipulado.

Cabe destacar que el mediador es la persona especializada que se encarga de prestar su ayuda, desde su perspectiva neutral, es decir no considera la opinión pertinente de alguna de las partes, ellos deben llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto.

6.1. Imputación de responsabilidad por parte del franquiciante

En vista de lo anterior y de acuerdo con la resolución de conflictos frente al título de imputación, no hay que perder de vista que el franquiciante cuenta con la presunción de la culpa in vigilando, definida por la Corte Constitucional en Sentencia C-1235 de 2005, así:

Al ser aplicable el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, cuyo rasgo particular es que se trata de un régimen de responsabilidad subjetiva y bajo la estructura de la culpa presunta. Tal situación favorece a aquel que se encuentra en una condición de víctima o de afectado, facilitando como quiera la indemnización de los perjuicios causados, al ser la parte más débil de la relación jurídica.

Sin embargo, en el momento de establecerse la responsabilidad del franquiciante debe verificarse que las partes dentro del contrato no hubiesen pactado las denominadas cláusulas de renuncia de responsabilidad del franquiciante, las cuales exoneran de toda forma de responsabilidad por el hecho ajeno en la relación de franquiciante- franquiciado. (Roitman, 2004):

La renuncia de responsabilidad será a menudo en la forma de un reconocimiento por el subfranquiciador de que el éxito del negocio depende de sus propios esfuerzos y que incluso si el franquiciador y su equipo han proporcionado consejo y ayuda, manuales de operaciones y cursos de formación, el franquiciador, sus directivos y empleados no serán responsables de ninguna pérdida o daño sufridos por el sub franquiciador. A veces esta renuncia de responsabilidad se extenderá incluso a pérdida o daño sufridos como resultado del sistema o del consejo y ayuda dados. La excepción podría ser si la pérdida o el daño fue directamente causado por el

incumplimiento del franquiciador de una disposición expresa del contrato, o por fraude por parte del franquiciador, pero incluso entonces podría haber una limitación en la cantidad de compensación que el contrato admite.

Bajo esta premisa existen legislaciones donde el carácter autónomo e independiente no hace que el franquiciante sea responsable de los actos del franquiciado, ya que desenlaza su responsabilidad en cuanto a que únicamente se está otorgando el uso de una marca, licencias de know how, etc. Más no existe una relación directa entre estas partes en el desarrollo de las actividades objeto de la franquicia.

De manera gráfica puede entenderse la responsabilidad del franquiciante y del franquiciado frente al tercero de buena fe de la siguiente manera:



Figura 1. Responsabilidad del franquiciante y del franquiciado frente al tercero de buena fe

Fuente: Elaboración Propia, 2017

6.2. Jurisprudencia

En vista de la resolución de conflictos de responsabilidad por parte del franquiciante por actos del franquiciado, se tomaron como referencias distintos casos que se comparan con Colombia en el marco de los contratos de franquicia.

Argentina: Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C, 10 de octubre de 2013 (caso Grupo Rox S.A. C/ Día Argentina S.A. S/ Ordinario).

Tesis: El problema radica en que entre las partes había existido un contrato de franquicia comercial, pero consideró que, dado lo expresamente establecido en las cláusulas –que citó- de ese contrato, los problemas experimentados por la actora con la habilitación del local no podían ser imputados a la demandada en su calidad de franquiciante, por lo que rechazó la responsabilidad que con tal sustento había sido atribuida a ésta.

Solución del caso: En definitiva el comprador es el único propietario del establecimiento, así como del negocio a desarrollar en el mismo y deberá, a su cargo y bajo su exclusiva responsabilidad, contar con todas cuantas autorizaciones, permisos y demás licencias municipales o de cualquier naturaleza que por así preceptuarlo la legislación aplicable, fueren necesarios para la válida y lícita apertura, funcionamiento y explotación del establecimiento y del negocio en él desarrollado... todo lo vinculado con la habilitación del local quedó a cargo de la actora y que la demandada se liberó de la responsabilidad consecuente. En el caso, lo vinculado con la habilitación del local no parece inscribirse dentro de la esencia del “know how” que era dable exigir a la demandada.

Es verdad que la habilitación de un negocio de estas características es imprescindible, pero no menos lo es que se trata de un elemento no sólo imprescindible en tal caso, sino en la enorme generalidad de los casos en los que existe una explotación dirigida al público. De esto

se deriva que no es un elemento propio ni exclusivo del negocio celebrado, por lo que bien pudo ser –como lo fue- objeto de una regulación que dejara en claro que la franquiciante no asumía responsabilidad alguna en ese aspecto (cursivas fuera de texto).

Decisión: Resuelve confirmar la sentencia apelada.

Conclusión: En este caso, frente a la inspección de las autoridades correspondientes en Argentina dónde se encuentra una clara vulneración a todas las normas y requisitos señalados para la apertura de un establecimiento de comercio en el cuál funcionaria la franquicia, se interpone una demanda buscando que el franquiciante sea quien responda por todos los perjuicios que generó el cierre del establecimiento, sin embargo la corte analiza que frente a este impase y dentro de las cláusulas presentes en el contrato no asume responsabilidad alguna el franquiciante por si por los organismos competentes estatales, provinciales o municipales, no se concediese al comprador alguna de las licencias, permisos y demás autorizaciones necesarias para la válida y lícita apertura del establecimiento y/o funcionamiento y explotación del negocio a desarrollar en el mismo, o en el supuesto de que, una vez concedidas aquellas, fuesen estas retiradas o denegadas las correspondientes prórrogas. Y tampoco por el impedimento con el usuario o consumidor que estaría inhabilitado para advertir con anticipación los riesgos o la responsabilidad a la que se ven enfrentado.

De tal forma, que el franquiciante no tiene ningún rango de responsabilidad por los hechos generados por el franquiciado, dónde por no cumplir por los requisitos estipulados para el idóneo funcionamiento genera perjuicios en su propio patrimonio y en los usuarios que habían hecho uso de los productos objeto de la franquicia.

Chile: Sentencia O-366-2015 de Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 15 de Julio de 2015.

Tesis: Señala que con fecha 21 de junio del 2012 ingresó a prestar servicios para la empresa Escuela de Idiomas, La que, por su cuenta y riesgo, con trabajadores de su dependencia y en virtud de un acuerdo contractual con Tronwell S.A., llevaba adelante la captación de clientes y enseñanza de idiomas extranjeros. Trabajaba en régimen de subcontratación laboral y con fecha 27 de noviembre del 2014 fue despedida, atendido que su empleador fue declarado en quiebra.

No obstante, Tronwell S.A se encontraba como parte activa dentro de un contrato de franquicia celebrado con Escuela de Idiomas del Sur Ltda. Así que debería responder por los salarios devengados por la demandante.

Argumentos de las partes: La parte demandada señala que el contrato de franquicia en cuestión fue celebrado entre Tronwell Business S.A. y Escuela de Idiomas del Sur Limitada., de forma que la sociedad Tronwell S.A. nada tiene que ver con la relación contractual que trata el libelo. Además, indica que la demandante no señala fundamento jurídico ni fáctico alguno, según el cual correspondería dirigir esta acción contra Tronwell S.A., deduciendo por su parte Excepción De Falta De Legitimidad Pasiva.

Por su lado, en cuánto a la Litis conformada la otra parte demandada expresa que de declararse a Tronwell responsable en virtud del instituto de solidaridad, como lo pretende la demandante, por la naturaleza de éste también se estaría endosando responsabilidad a una parte que no ha sido emplazada Indica que entre Tronwell y Escuela de Idiomas únicamente existe un contrato de franquicia que no resulta subsumible dentro de la institución de subcontratación. Un contrato de franquicia es aquel en que la franquiciada (en este caso Escuela de Idiomas), es autorizada a usar la marca del franquiciante (en este caso Tronwell) para prestar un servicio determinado, bajo ciertas condiciones, solamente pagando un royalty como contraprestación.

Aclara que la Escuela de Idiomas y Tronwell son sociedades totalmente distintas, separadas e independientes entre sí, no existiendo unidad económica o subcontratación alguna.

Consideraciones de la Corte: Se establece, a opción del franquiciante, entre otras, como causa de terminación automática por culpa del franquiciado el incumplimiento por parte de éste de las leyes laborales y previsionales respecto de su personal. Se previene que el contrato no constituye al franquiciado en mandatario, representante legal, empresario asociado, socio, empleado o dependientes del franquiciante y que queda entendido entre las partes que el franquiciado será un contratista independiente, no autorizado a suscribir ningún contrato, acuerdo o documento en representación o en nombre de Tronwell o del franquiciante. La letra

C. indica que el personal que el franquiciado destine a la ejecución del contrato no tiene vínculo laboral alguno con el franquiciante, siendo de cargo exclusivo del franquiciado cualquier responsabilidad respecto a su personal.

Decisión: El hecho de haberse liberado de responsabilidad en el contrato de franquicia la demandada Tronwell respecto del personal de La Escuela de Idiomas del Sur Limitada. Ello, si bien obliga a los contratantes, atendida la irrenunciabilidad de los derechos laborales no puede afectar a los trabajadores.

No queda más que, condenarla a pagar en forma SOLIDARIA las prestaciones contenidas en el finiquito de trabajo de la actora de fecha 15 de diciembre de 2014, reconocidas como un crédito por obligaciones laborales, incluidas las indemnizaciones legales por el término de la relación laboral.

Conclusiones: Las relaciones laborales que se enmarcan dentro del contrato de franquicia han tomado diferentes posiciones, dentro de las cuales se encuentran: quienes exoneran de responsabilidad al franquiciante es decir no condenan solidariamente por los actos del franquiciador, así como quienes por el contrario, condenan solidariamente al franquiciante por los actos del franquiciador como en el caso presente; ya que lo trascendental es que los derechos laborales de quienes prestan sus servicios para la compañía que es parte del contrato

de franquicia, no pueden quedar desprotegidos o abandonados. Así como lo dijo Pisco de Figueredo (2013) al analizar la posición de la Corte de la Nación dónde se condena al franquiciante, expresó “Con relación a la figura contractual de la “franquicia” que con denodado esfuerzo la recurrente “permitiría apartarse del principio general en materia de solidaridad, debo advertir que tal argumento per se no es un eximente de responsabilidad absoluto, dado que debe ser ponderado sobre el análisis de las pruebas y casuística de cada planteo”

Cierto es que, así como en Argentina se manejan esas dos posiciones, en Chile como en el presente caso, la solidaridad como elemento fundamental de la responsabilidad se basa en que al no declararla podría estar generando un fraccionamiento en las obligaciones laborales que puede tener a su cargo el demandado.

Luego de haber indagado sobre la resolución de conflictos en los países de Argentina y Chile, se hace la comparación con Colombia donde se presenta un fenómeno que es importante mencionar, ya que se encuentran falencias en cuanto a la técnica legislativa, como la falta de reglamentación en figuras como la franquicia, entre otras. Es de resaltar que en Colombia su estudio se ha desarrollado a un ritmo lento y pausado, sobre todo en el tema de la responsabilidad en la franquicia; no obstante, la única luz que ofrece el ordenamiento jurídico está en manos del Estatuto del Consumidor y a la vez de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) consolidados como la única protección que se brinda al consumidor frente a los posibles riesgos que pueda estar sufriendo. Lacomte y Visbal, (2013) Argumentan lo siguiente:

El Estatuto del Consumidor propende por la protección de los derechos de los consumidores, buscando evitar que los derechos e intereses de estos se puedan verse vulnerados, al igual que

responsabilizar a los autores por sus acciones dañinas. Esto se puede ver tanto en el artículo quinto, pues se adopta un criterio amplio incluyendo dentro de esta condición de consumidor a un gran número de sujetos y no solo aquel que directamente compra el bien o servicio, sino que cualquiera que se pueda ver afectado por este, como en el artículo sexto, donde se hace alusión expresa a la calidad, idoneidad y seguridad de los productos que se ofrecen.

En vista de que en la Ley 1480 de 2011 no hay una estipulación expresa en cuanto a las franquicias, sí se llegará a determinar algún grado de responsabilidad dónde existan perjuicios al consumidor los cuales no hayan sido reparados o resarcidos, resultaría una responsabilidad contractual en tal sentido, la parte afectada es decir el consumidor, debería ir a reclamar en contra del franquiciado puesto que antes de generarse el daño fue con éste con quien celebró el contrato. Sin embargo, en el artículo 20 de la misma ley mencionada existe una interpretación que podría ser analógicamente compatible con la responsabilidad del franquiciante por los actos del franquiciado al afectar al consumidor o tercero, esto se ve de la siguiente forma:

El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar (...) cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto. Como daño, se entienden los siguientes: 1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso; 2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

Para finalizar, cabe destacar que la responsabilidad del franquiciante por los actos del franquiciado frente a terceros se delimita que la competencia para resolver los conflictos que susciten entre estos está en cabeza de la SIC y que el demandante estaría en la calidad de consumidor, diferente en los casos anteriores dónde siendo empleados demandaban a la franquicia para poder resarcir los daños causados por los franquiciados dónde el franquiciante también entraba a responder en la condición de solidaridad.

Conclusiones

Al decir de Zúñiga (2015), Los contratos de concesión comercial son una forma de manifestación de la globalización de la economía y un claro ejemplo de expansión empresarial, son modelos que materializan los objetivos de los empresarios de llegar a más consumidores en varios países, de allí la importancia adquirida en los últimos años por la franquicia a nivel internacional.

Un punto de apoyo muy importante a la hora de estudiar la documentación son los actuales franquiciados de cada una de las enseñanzas; ellos son las personas con quienes se puede contrastar la veracidad de la información facilitada por el franquiciador.

La franquicia es mucho más que un sistema de distribución: es un sistema de expansión que ha revolucionado las técnicas tradicionales de distribución. Da una mirada global del negocio, incluyendo la marca, el saber hacer y el soporte. Mediante la entrega de procesos y manuales, el ofrecimiento de capacitaciones comerciales de gestión continuas y la realización de controles a toda la red, el franquiciador mantiene canales de comunicación fluidos para sobrepasar cualquier inconveniente. Todo esto con el objetivo de que el franquiciado se concentre en la captación, atención de clientes y cierre de ventas, es decir, en la optimización del negocio, respondiendo así a las tendencias del mercado, especialización comercial, optimización de gestión (para buscar eficiencia) y asociación (economías de escala, las cuales no las logran los otros sistemas).

Una de las soluciones propuestas por la doctrina para protegerse ante estas contingencias es la adquisición de un seguro por parte del franquiciado, para así cubrir las posibles costas de un proceso y la indemnización correspondiente en caso de ser condenado. Igualmente, sería

ideal que franquiciante también tomara una póliza de este tipo con el mismo fin. Otra posible solución ante la eventualidad de una demanda por responsabilidad es el pacto de una cláusula de exoneración de responsabilidad, con causales que sean lo suficientemente específicas para impedir posibles abusos y arbitrariedades.

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

La principal ventaja de la franquicia es la posibilidad que se tiene para ser dueños de su propio negocio, siendo el mejor camino a emprender. El poner en pie una franquicia supone formar parte de un negocio ya constatado, lo que permite reducir el riesgo de iniciar un proyecto solo. El franquiciado es respaldado por la garantía de una marca que cuenta ya con un prestigio, una aceptación y reconocimiento.

Posteriormente, se analizó el tipo de responsabilidad que se puede presentar en un conflicto, dónde está evidenciado que no es más que una responsabilidad subjetiva al omitir la vigilancia y control del franquiciante al franquiciado, razón por la cual en la jurisprudencia señalada condenan solidariamente a las partes del contrato de franquicia.

Siguiendo con lo antes expuesto, la recopilación, evaluación de normas y doctrina existente del tema, haciendo la salvedad de los pocos avances jurisprudenciales del tema, concretamente en Colombia, estableciendo importancia en todos los puntos anteriormente mencionados llevó a esclarecer algunos puntos importantes en torno a la temática mencionada.

Asimismo, se pudo demostrar que realmente si puede existir una responsabilidad por parte del franquiciante por los hechos del franquiciado cuando afecta a terceros. Utilizando sentencias del derecho comparado de países como Argentina y Chile.

Los fines planteados en esta investigación fueron cumplidos a cabalidad, además por ser la franquicia fenómeno jurídico moderno que se maneja a nivel universal el tema objeto de estudio, hace más llamativo el trabajo.

Referencias

- Alonso, M. (2010). *Manual del franquiciado* (Vol. 1). LID Editorial.
- Alonso Ureba, A., et al/. *Los contratos de distribución*. Madrid: Editorial LA LEY, 2010.
- Aldave, A., & Cristina, M. (2005). *Franquicias: una perspectiva mundial*. UNAM.
- Bunge, M. (2000). *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*. Siglo XXI.
- Carrasquilla, L. & Álvarez, J. (2017). *El contrato de franquicia y su tratamiento en el derecho de la competencia en la Unión Europea*. Editorial Corporación Universidad de la Costa. Barranquilla.
- Castro, E. y. (2005). *Antecedentes de la franquicia en El sistema de Franquicia. Fundamentos Teóricos y Prácticos*, pp. 24 -25. España. . Editorial Pirámides.
- Chulia, Eduardo. (2000). *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, Vol. 1, José M.^a Bosch, Editor, Barcelona, 4º Edición, 1.999. Pág. 171.
- Código, D. E. (1991). *Código deontológico europeo de la franquicia*.
- Comercio, C. d. (2015). *Cámara de comercio de Bogotá*. Recuperado en <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Guias-informativas-del-RegistroMercantil>.
- Coloma, Germán. (2003) *Defensa de la Competencia: Análisis Económico comparado*. Buenos Aires-Madrid: Editorial Ciudad Argentina. p.438.
- Corredor, L. (2015). *La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros*. *Iter Ad Veritatem*,13, 283-320.

BOE.es. (2009). Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se *modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.*

De la Cruz, C. D. (2014). *La competencia desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley.* U. Externado de Colombia.

De Quesada, C. (2006). *Franquicia y abuso de dependencia económica.* En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVI. Editorial Marcial Pons, 005-2006.

Del Comercio Minorista, L. D. O. Ley 7/1996, 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista en el Título III. Capítulo II-Ventas a distancia.

Desarrollo, B. I. (1998). *América Latina frente a la desigualdad: progreso económico y social en América Latina, informe 1998-1999.* IDB.

Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición, [en línea]. Consultado en www.rae.es

Europea, U. (2001). *Directiva 2001/42.* CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de, 27.

Espiau, S. (1999). *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998,* de 13 de abril. Ediciones Jurídicas y Sociales.

Etcheverry, R. A. (2001). *Derecho Comercial y Económico. Contratos: Parte Especial 1.* Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea. p.411

Fernández, M. A. (2004). *Análisis dinámico de la franquicia.* Universidad de la Rioja.

Fernández, N. C. *Fundamentos del Derecho de Marca.* Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1984.

FIAF. (20 de julio de 2017). *Federación Iberoamericana de Franquicia.* Obtenido de <http://www.portalfiaf.com/>

Fuentes, J. M., & Menéndez, A. M. (1999). *Comentario a la Ley de competencia desleal*.

Civitas.

García, C. (1963). *La técnica de la investigación documental*. México, D. F.: 60 p.cam Edición:

2 ed. 7a

García-Miján, M. L., & Suelves, G. D. U. (2002). *Comentario a la ley 17-2001, de marcas*.

Civitas.

García, A. C. (1993). *Análisis documental: el análisis formal*. Revista general de información y

documentación, 3(1), 11.

González, R. (2010). *Análisis sobre la necesidad de Adoptar una Regulación Específica para la*

franquicia comercial en Colombia. Recuperado de

<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis41>.

Guasch, L. M. (2007). *Nuevas perspectivas en la evaluación de las patentes como parte del*

currículum científico. Revista española de documentación científica, 30(2), 218-240.

Guyenot. (1993). “*La Franchise Comérciale*”, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*.

Paris: Pág. 161.

Guyenot, Jean Pierre. (2014). *Qué es el Franchising Concesiones Comerciales*. Citado en:

Arrubla Paucar, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo II: Contratos

atípicos. Ob. Cit. p. 286.

Jaramillo, M. (2005) *El contrato de franquicia*. En: Foro del Jurista, No. 26.” Derecho de la distribución comercial”. Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. Medellín. p.

161.

Kleidermacher, J. (2005). “*Franchising. Aspectos Económicos y Jurídicos*”. Buenos Aires,

Argentina: Editorial Abeledo – Perrot. Págs. 22.

López C. M. (2016). *La franquicia. Análisis comparativo entre el modelo español y el italiano.*

Lecomte, V. I., & Visbal, O. M. (2013) *La Responsabilidad Del Franquiciante Y Franquiciado Frente Al Consumidor.* Revista Vniversitas N° 10. 243 (250). Pp. 227- 250 Extraído el 23 de septiembre de 2015 desde: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4350738/11+la+responsabilidad+del+franquiciante+227-250.pdf/91c3f9f550954065-9c84-1d0636c81e5f>

Martín, T. E., & Echarri, A. A. (2000). *La franquicia, aplicación práctica y jurídica.* Editorial Aranzadi S.A.

Macías, J. A. (2006). *Franquicia: Definición, agentes que intervienen y principales aportaciones del franquiciador y el franquiciado.*

Mellini, Carlos. (2008). Presidente del Instituto de Derecho Mercantil Guatemalteco <http://www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R4A1/Franquicias.htm>. Septiembre 18 de 2003.

Menendez, M. A. (1992). *El Real Decreto 1816/1991*, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior y la Resolución de 7 de enero de 1992 de la Dirección General de Transacciones Exteriores. Noticias CEE, 8(93).

Mosquera, A. (2010). *El Contrato de Franquicia: Aportes y Tendencias en el Derecho Comparado sobre la Responsabilidad del Franquiciador.* Revista Universitas 282 (304), pp. 279 -30.

Navas, M. (2009). *El Contrato de Franquicia: Aportes y Tendencias en el Derecho Comparado sobre la Responsabilidad del Franquiciador.* Revista Universitas 282 (304), pp. 279 -30.

- Palacios, M. (2017). *Resolución de Conflictos en Franquicia*. Recuperado de: <http://www.mundofranquicia.com/consejos-sobre-franquicias/resolucion-conflictosfranquicia-i/>.
- Pellise, C. (2007). *Las Conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia*. Anuario de la Competencia.
- Plazas, R. (2010). *El contrato de franquicia, su evolución y su injerencia en el desarrollo económico colombiano*, Revista Republicana.: Recuperado de <http://revista.urepublicana.edu.co/wpcontent/uploads/2012/07/El-contrato-de-Franquicia>.
- Ruiz, P. J. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2000.
- Rodríguez, Y. C. (2013). *Acerca de una posible regulación del contrato de franquicia en Colombia*, en: AAVV, Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio, Tomo II, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá. p. 130.
- Roitman, H. (2004). *Franquicia. La ley modelo de Unidroit*. Tomado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/26.pdf>.
- Sentencia C-535 de 23 de octubre de 1997, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Subdirección General De Estudios Y Modernización Del Comercio. *Informe sobre la franquicia comercial en España*. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1990.
- Quattrociocchi, B., & Ramírez, H. J. (2009). *El sistema de franquicias en Italia: una oportunidad de internacionalización para las enseñanzas españolas*. *Distribución y consumo*, (105), 77-84.

- Van Den Bergh, R. & Camesasca, M. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, Intersentia Publishers. p.568
- Vargas, R. L. (2014). *Riesgos jurídicos del contrato de franquicia internacional en Colombia*.
- Vega, L. (2012). *El contrato de franquicia de distribución en la Comunidad Económica Europea: análisis desde la perspectiva de la libre competencia*. Comunidades Europeas. Mayo-septiembre 1988, N.º 5, p. 321.
- Vásquez, A. D. 2010. *Los contratos de distribución comercial, novedades legislativas y jurisprudenciales*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Viera, G. A. & Echevarría, S. J. 2011. *Distribución comercial y derecho de la competencia*. Madrid: Editorial La Ley.
- Velilla, M. M., op. cit., p. 43. *Más sobre el contrato de franquicia y sus diferencias con la distribución* en Namen Vargas, William. Op. cit., p. 197.
- West's Encyclopedia of American Law. 2005. [En línea]. Consultado en <http://www.encyclopedia.com>.
- Zúñiga, O. J. 2015. *Contratos de concesión mercantil de agencia y franquicia internacional que se ejecutan en Colombia*. <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.11.1.2015.12>