



Revista de  
**Derecho**  
Privado

**FRANQUICIA ASOCIATIVA: ENTRE LA INDEPENDENCIA  
CONTRACTUAL DE LAS PARTES Y EL VÍNCULO ASOCIATIVO  
EN LA FRANQUICIA**

ARIEL SOLANO DÍAZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.14>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

## **Franquicia asociativa: entre la independencia contractual de las partes y el vínculo asociativo en la franquicia**

### **Resumen**

En este artículo se analizó la independencia de las partes en el contrato de franquicia, concluyendo que tal acuerdo resulta ser un elemento no rígido ni estático, sino que, por el contrario, puede modularse por voluntad de las partes. Esta modulación de la independencia de las partes tiene la capacidad de modificar la estructura del contrato de franquicia. En este marco la franquicia asociativa se constituye en un esquema negocial para lograr un vínculo más estrecho entre franquiciador y franquiciado, que permita procesos de expansión empresarial donde las partes comparten el riesgo en el desarrollo de nuevos mercados.

Palabras clave: franquicia de distribución o producto, franquicia formato de negocio, franquicia asociativa, independencia contractual, expansión empresarial.

## **Partnership franchise: from the independence of the parties to partnership agreement**

### **Abstract**

This article analyzes the independence of the parties in a franchise agreement, concluding that it is not a rigid or static element, but rather may be modulated by the parties' will. This modulation, concerning the independence of the parties, has the ability to transform the structure of the franchise agreement. Under this framework, partnership franchise becomes a bargaining scheme that aims to build a closer bond between franchisor and franchisee, enabling business expansion where the parties share the risk in developing new markets.

Keywords: franchise, product franchise, business franchise format, partnership franchise, contractual independence, business expansion.

# Franquicia asociativa: entre la independencia contractual de las partes y el vínculo asociativo en la franquicia\*

ARIEL SOLANO DÍAZ\*\*

## SUMARIO

Introducción – I. LA INDEPENDENCIA DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA: INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LA FRANQUICIA ASOCIATIVA – A. *La independencia en el concepto de franquicia* – B. *Estructuras de franquicia y expansión empresarial* – 1 Esquema clásico de franquicia: la franquicia de distribución o de producto (*product franchising*) – 2. La franquicia de formato de negocio o *business format franchising* – 3 Franquicia asociativa – II. LA INDEPENDENCIA EN LA FRANQUICIA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO A LA COMPETENCIA: LA FRANQUICIA ASOCIATIVA, UN ESQUEMA AFÍN A LA COMPETENCIA – A. *La franquicia y el derecho a la competencia, un problema de análisis clásico* – B. *Esquemas de franquicia, acuerdos verticales y prácticas anticompetitivas* – III. UN CASO DE FRANQUICIA ASOCIATIVA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO – IV. CONCLUSIONES – Referencias.

---

\* Cómo citar este artículo: Solano Díaz, A. (Junio, 2017). Franquicia asociativa: entre la independencia contractual de las partes y el vínculo asociativo en la franquicia. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.14>

\*\* Abogado de la Universidad Santo Tomás. Magíster en derecho privado de la Universidad de los Andes, especialista en derecho de los negocios internacionales de esta misma universidad. Especialista en derecho de los contratos y relaciones jurídico negociales de la Universidad Externado de Colombia. Director Jurídico Comercial de la firma Arturo Calle. Correo: [asolano@arturocalle.com](mailto:asolano@arturocalle.com)

## Introducción

La franquicia es, sin duda, uno de los principales contratos de colaboración empresarial; con su creciente evolución ha trascendido sus fronteras tradicionales y hoy en día se erige como un mecanismo efectivo para estructurar empresas multinacionales. En efecto, en el contexto económico funcional actual, franquiciante y franquiciado enfocan sus esfuerzos contractuales no solo a lograr fines de distribución comercial, sino a estructurar una compleja red empresarial para explotar un mismo concepto de negocio. Para tal propósito las partes en la franquicia buscan flexibilizar su independencia contractual, abriendo el camino a nuevas estructuras de franquicia.

Usualmente se reconoce la franquicia como un contrato entre empresarios independientes. En palabras de Farina (1999) la franquicia “implica, básicamente, un método de colaboración entre empresas distintas e independientes” (citado en Quintero, 2012, p. 55), donde el franquiciante (o franquiciador) titular de un negocio exitoso, con una marca reconocida y un *know-how* establecido, configura una relación comercial con un tercero que se denomina franquiciado (o franquiciatario), el cual desea explotar el negocio con probado éxito del franquiciante, para minimizar el riesgo de posicionar por sí mismo una marca, un producto y desarrollar un *know-how* hasta llevarlo a una posición de éxito con el trabajo, los recursos y el riesgo que el emprendimiento de esta empresa le implicaría; mientras que con la franquicia el franquiciado puede acceder a dicho

éxito, la marca y el *know-how* de una empresa consolidada en un mercado, contando con el acompañamiento del franquiciante.

Esta imagen clásica de la franquicia ha venido evolucionado y, fruto de dicha evolución proveniente de la práctica comercial y de las diferentes necesidades negociales del mercado, se ha desarrollado un tipo especial de franquicia: la franquicia asociativa, en la cual el franquiciante es a su vez socio del franquiciado o socio de la empresa a través de la cual se va a explotar la franquicia. Este esquema de franquicia introduce un elemento adicional a la relación clásica entre franquiciador y franquiciado, pues adicional a las dos partes de un contrato hay dos socios que comparten la inversión y el riesgo de explotar el negocio franquiciado en un nuevo mercado.

Esta configuración contractual, nacida de la voluntad de las partes, hace reflexionar sobre una característica de los contratos de franquicia que suele entenderse como un elemento rígido de la esencia del contrato: la independencia de las partes. En consecuencia surgen interrogantes como los siguientes: ¿Es indispensable que las partes del contrato de franquicia, en general, sean empresarios distintos e independientes?; y más aún ¿en una franquicia asociativa, en qué términos debe entenderse esta independencia de las partes? A responder estas inquietudes está dedicada la mayor parte del presente escrito, para evidenciar que la independencia es un elemento flexible y dúctil en el contrato de franquicia, y en la medida que las partes disminuyen su

independencia se estructuran esquemas de franquicia más funcionales a ciertos fines de la empresa. Es así como se llega al análisis de la franquicia asociativa, en la cual al reducir su independencia al máximo las partes logran configurar un esquema de contrato que permite una unidad funcional empresarial, generadora de sinergias que incluso afectan la forma como se aplican las normas de competencia a la empresa así estructurada y a las partes de la franquicia en el mercado relevante en el que se desarrollan.

El presente trabajo no tiene como fin agotar el estudio de la franquicia asociativa en todos sus aspectos —labor que resultaría titánica en el espacio de este documento—, el propósito es suscitar el análisis y la reflexión académica sobre esta figura novedosa de franquicia, la cual se encuentra poco desarrollada por la doctrina local, y que como figura negocial resulta de interés en el contexto empresarial.

## I. LA INDEPENDENCIA DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA: INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS DE LA FRANQUICIA ASOCIATIVA

Para iniciar este estudio sobre la franquicia asociativa se realizará un análisis respecto a la independencia de las partes en el contrato de franquicia en general, desde las posturas clásicas hasta llegar a planteamientos más dúctiles, y de esta manera crear un contexto que permita comprender cómo se modula la independencia de las partes en la estructura que caracteriza la franquicia asociativa.

### A. La independencia en el concepto de franquicia

La franquicia suele tener múltiples definiciones, por tratarse generalmente de un contrato atípico e innominado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como sucede en el caso colombiano; en consecuencia, es la voluntad de las partes la encargada de regular la figura. Con el fin de determinar el rol de la independencia de las partes en el marco de la franquicia, a continuación se examinarán las diferentes posturas sobre el particular.

Gran parte de la doctrina coincide en señalar que un rasgo característico del contrato de franquicia radica en que se trata de un contrato *entre partes independientes*. Variados autores —Quintero (2012, p. 52); López (2005, p. 169); Bercovitz, Moralejo y Quicios (2009, p. 3211); Marzorati (2001, p. 21); Chuliá y Beltrán (1999, p. 175); Martín y Echarri (2000, p. 20), entre otros—, concuerdan en establecer como una definición óptima de esta figura la que trae el Código Deontológico Europeo de la Franquicia:

La franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua *entre empresas jurídica y financieramente independientes*, el Franquiciador y sus Franquiciados, en el cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del Franquiciador. [Cursiva fuera de texto].

Esta definición resume lo que tradicionalmente se entiende como el contenido de la independencia en el contrato de franquicia. Conforme con ella se establece que las partes que concurren a celebrar el contrato de franquicia son *jurídica y financieramente independientes*: jurídicamente por cuanto y en tanto se trata de personas naturales o jurídicas diferentes (que resulta ser lo normal y lógico para un contrato bilateral); y el énfasis complementario en el hecho de que sean partes financieramente independientes denota que mientras las partes concurren en el contrato de franquicia sus recursos deben permanecer separados, lo que en otras palabras equivale a decir que solo cuando las personas tengan aisladas sus finanzas entre sí, pueden configurar un contrato de franquicia. De acuerdo con lo anterior, un ánimo asociativo que implique una conexión financiera entre las partes no es propio de la franquicia porque afectaría la independencia de estas.

Por una línea similar, autores como Peña (2014, p. 505), Farina (2005, p. 555), Mayorga (2007, p. 19), Marzorati (2008 p. 234) y Navas y Mosquera (2009, p. 293), indican que en el contrato de franquicia las partes son financiera y legalmente independientes. Esta línea a favor de la independencia de las partes es seguida por la Cámara de Comercio Internacional (CCI), conforme al artículo 2 de su modelo de contrato de franquicia, donde establece que el franquiciado “desarrolla sus actividades como *comerciante independiente*, en nombre y por cuenta propia” [Cursivas fuera del texto]. En consecuencia “el franquiciado correrá con todos los riesgos y se beneficiará de todas las ganancias propias de

su actividad”. Y haciendo un énfasis mayor en el grado de independencia que existe entre las partes, explícitamente indica en el acápite 2.2. del referido contrato modelo que “el franquiciado no es socio del franquiciador”.

No obstante lo anterior, al tratar concretamente de la franquicia asociativa, Quintero (2012) indica que “en ella existe de alguna manera un tipo de asociación entre el franquiciante y el franquiciado. El franquiciante puede participar en el capital de la empresa franquiciada o al contrario” (p. 129); en un sentido similar, Bercovitz et al. (2009, p. 3214). Desde el punto de vista de la financiación otros autores indican que “en la franquicia asociativa o en copropiedad, franquiciador y franquiciado realizan en común las inversiones necesarias” (Liñán e Iglesias, 2014, p. 844).

Por su parte, otros autores establecen que es posible un esquema de franquicia de propiedad conjunta, “según la cual otorgante y tomador invierten juntos en la empresa, aunque este último es el controlante de ella” (Frignani, citado en Marzorati, 2001, p. 40).

Otra parte de la doctrina es más radical e indica que una figura asociativa no es posible en el contrato de franquicia. Entre quienes asumen esta posición se encuentran Arrubla (2012a, p. 370), López (2005, p. 478) y Domínguez (2007, p. 585, citado por Bercovitz et al., 2009, p. 3217).

La postura de Arrubla (2012), que va en línea con la del reconocido autor francés Guyenot,

establece que la franquicia no es un tipo contractual autónomo, sino una clase especial de “concesión de una marca de productos o servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta”; y continúa indicando que es un “contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho a utilizar su razón social y su marca para la venta de productos y servicios” (p. 370). En la misma dirección Jiménez (2013) establece que la franquicia es una modalidad de concesión comercial, a través de la cual se cede el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios (p. 398), razón por la cual bajo este entendimiento,<sup>1</sup> la asociación en esta figura no sería posible, posición que comparten autores como Rodríguez (2012, p. 129), Romero (2010, p. 259) y Gallego (2010, p. 354).

Sobre la cuestión asociativa en la franquicia, de manera más directa Domínguez (2007, p. 585) indica que “el contrato de franquicia es un contrato carente de trascendencia asociativa, pues existe un interés común pero no una comunidad de intereses en sentido técnico jurídico” (citado por Bercovitz et al., 2009, p. 3217). En el mismo sentido, Navas y Mosquera (2009) establecen que “la relación franquiciador-franquiciado, que nace del contrato de franquicia, no tiene en principio carácter asociativo ni societario entre las partes, pues cada

una conserva una estructura legal y financiera independiente” (p. 294).

Desde una óptica de independencia financiera y patrimonial autores como Marzorati (2008) establecen:

Así mismo, la relación comercial subyacente entre el franquiciante y el franquiciado no da lugar a un grupo empresarial; en la franquicia el patrimonio del franquiciante y del franquiciado son independientes, y además, el negocio franquiciado no se puede considerar como una filial del franquiciante, subordinado a la unidad de propósito y dirección establecidos por una matriz. La franquicia no es un método de integración económica y no hay confusión de patrimonios ni aparece como un solo patrimonio vestido con el ropaje de diferentes personas jurídicas. (p. 234).

Por su parte, López (2005), bajo una visión de distribución del riesgo, según la cual para la explotación de las franquicias puede previamente constituirse un *joint venture*, señala que “en la franquicia, pese a que el franquiciado esté obligado a cumplir estrictamente las indicaciones del franquiciante, los riesgos, los beneficios y la administración de la operación son por cuenta del franquiciado” (p. 478). El franquiciado no arriesga su patrimonio y por ende

1. Este concepto de franquicia fue el entendido por el tribunal arbitral, en el Laudo Arbitral Punto Celular Ltda. v. Comcel S.A., en el cual se indicó: “La distribución tiene diferentes formas contractuales de ser satisfecha, típicas y atípicas, dentro del que se encuentra el contrato atípico de la franquicia a la par que el contrato de distribución (suministro), la agencia mercantil, la concesión mercantil y el contrato de consignación o estimatorio.”

se entiende que no existe una situación asociativa. Y esta ausencia de asociación entre las partes va acorde con la teoría del riesgo, según la cual “quien recibe las utilidades debe soportar el riesgo”, o la también denominada teoría del levantamiento del velo corporativo (*disregard of legal entity*), que desestima la personalidad de las sociedades complicadas en maniobras cuestionadas (Marzorati, 2001, p. 9).

En contraposición a estas posturas, hay autores que ven en la franquicia una predisposición asociativa por la misma voluntad de las partes que la celebran. En primer lugar bajo una justificación histórica de la figura, pues en sus orígenes la franquicia en general surge como una forma de lograr procesos de expansión empresarial, evitando las limitaciones generadas por la prohibición de integración vertical de distribuidores y productores, originadas en las leyes *antitrust*, es decir, contrarias a la competencia. De hecho, en 1929, como sistema de distribución comercial, General Motors recurrió a un contrato de asociación entre la central y sus distribuidores, que lograba la colaboración entre las partes, “pero manteniendo en niveles razonables su independencia recíproca como empresarios” (Cienfuegos, 2005 p. 72).

Así las cosas, vista la franquicia como un método de expansión empresarial, Bercovitz et al. (2009, p. 3214) indican:

A través de la franquicia el franquiciador, dadas las importantes facultades de control que se reserva, puede obtener la función económica de la filial o sucur-

sal mediante mecanismos jurídicos más simples, menos rígidos y más económicos, ya que el único riesgo que soporta es el de la eventual incorrección de la actuación de alguno o algunos de los miembros de la red.

También de manera particular, la asociación en la franquicia se encuentra aceptada como una forma de desarrollar la franquicia máster y permitir que se explote un mercado local, asumiendo frente a los subfranquiados las obligaciones propias del franquiciador, donde “en la práctica, el franquiciado principal suele ser una sociedad de la que el franquiciador es socio, sin que ese hecho empañe la independencia jurídica del franquiciado principal con respecto al franquiciador” (Bercovitz et al., 2009, p. 3214).

En la misma línea, López (2005) indica que el franquiciador, para desarrollar su red de franquicias, puede llegar a establecer “una filial o subsidiaria en un país extranjero, la cual actúa como el franquiciador en dicho país. Se pacta un acuerdo unitario de franquicias para establecer un sistema de franquicias en el país extranjero” (p. 230). De tal suerte, para desarrollar una red de franquicias esta se soporta en una estructura asociativa a través de filiales o subsidiarias.

Y es que en la franquicia (en general) y con más fuerza en la franquicia asociativa (en particular), más allá de un ánimo simplemente distribuidor existen vínculos cooperativos, derivados de una unidad de propósito y dirección

empresarial, en la medida que ambas partes del contrato pueden seguir un objetivo fijado por la matriz o controlante “en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas” (López, 2005, p. 478).

Otro esquema de franquicia donde se evidencia el carácter asociativo con el que esta se puede desarrollar es la explotación del contrato a través de un *joint venture*, usualmente utilizado como mecanismo por medio del cual se da el establecimiento de una franquicia máster, dándole el tratamiento propio de un negocio de riesgos compartidos, en el cual las partes acuerdan participar en conjunto y a través de dicha franquicia máster celebrar contratos de franquicia (o subfranquicias) para ampliar la red empresarial.

Incluso, en la regulación de la franquicia, en algunas legislaciones se ha establecido la franquicia asociativa como una forma de control de las inversiones que ella implica. Tal es el caso de la regulación vietnamita, donde como una forma de mitigar el riesgo de la inversión extranjera establecía que “solo podían otorgarse franquicias a través de una sociedad constituida en Vietnam”, en la cual la participación de capital extranjero no podía ser superior al 49 %. Limitación que estuvo vigente hasta el 1° de enero de 2008 (Navas y Mosquera, 2009, p. 281).

Igual ocurre con la franquicia “propiamente dicha” o *business format franchising*, en la que

más allá de una distribución se está franquiciando un modelo de negocio que implica técnicas, métodos y actuaciones complejas que incluyen de manera más completa el cómo se debe desarrollar el negocio exitoso. En razón de ello algunos autores como Marzorati y Farina han establecido:

En su concepción dinámica y evolucionada, la franquicia comercial, llamada *business format franchising*, es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua. (Farina, 2005, p. 478).

Por la misma línea Samuco (2013) establece que la franquicia es un contrato de distribución comercial atípico, en donde se transmite un método empresarial propio (p. 395).

En los anteriores conceptos se observan matices interesantes entre la definición de la franquicia como contrato de manera general y la definición de franquicia asociativa de manera específica. En primer lugar, que realmente no resulta de la esencia del contrato de franquicia que las partes sean totalmente independientes, pues es posible que estas sean adicionalmente asociados, por lo que la independencia económica y financiera resulta no del todo indispensable o esencial para que se configure

dicho contrato. Por el contrario, las partes que buscan celebrar un contrato de franquicia en general, o de franquicia asociativa en particular, tienen como finalidad precisamente que esa independencia no sea tan marcada, como una forma de distribuir los riesgos entre ellos y explotar en conjunto el negocio o empresa común.

En segundo lugar, existen posiciones doctrinales encontradas en torno al papel de la independencia en el contrato de franquicia, lo cual lleva a preguntarse: ¿a qué se deben estas diferentes posiciones frente a la independencia de las partes en la franquicia? Y más importante aún, ¿cuál es la incidencia práctica del mayor o menor grado de independencia en el contrato de franquicia?, ¿cuál es la relevancia de la franquicia asociativa? ¿qué implica la no independencia de las partes como esencia del contrato de franquicia? En el siguiente acápite se dará una respuesta inicial a estas inquietudes.

### ***B. Estructuras de franquicia y expansión empresarial***

Para dar inicio a la respuesta de las preguntas planteadas debe decirse que la independencia no es un elemento esencial rígido e inmodificable del contrato de franquicia. Como necesario presupuesto de existencia, siempre habrá dos personas jurídicas distintas acudiendo al acuerdo contractual; sin embargo, conforme las posiciones doctrinales analizadas, se observa que si bien puede encontrarse cierto grado de independencia en el contrato de

franquicia, este elemento no es determinante como lo muestra la configuración de las franquicias asociativas (entre otras). La razón de esta afirmación tiene su fuente en el mismo lugar donde se originó y donde ha venido evolucionando la figura de la franquicia: la voluntad de las partes.

No es que existan franquicias con partes independientes y franquicias, como la asociativa, sin partes independientes (o menos independientes). Lo que sucede es que las partes del contrato, según la necesidad comercial que buscan satisfacer, estructuran diversas formas de contrato para su franquicia, siendo válido tanto uno donde la independencia de las partes sea mínima o incluso donde las partes estén adicionalmente asociadas, como una manera de lograr, entre otras, la expansión empresarial de una compañía mediante distribución del riesgo y de la inversión por medio de dicha figura. La independencia, entonces, resulta no ser un elemento esencial del contrato de franquicia y se ubica más como un elemento que puede ser matizado, y por ende las partes lo modulan según sus necesidades e intereses negociales. Precisamente el carácter atípico del contrato de franquicia (en la mayoría de ordenamientos), permite que exista una mayor flexibilidad en la configuración del contrato y que la voluntad de las partes rija en gran medida la forma del acuerdo que finalmente se establezca para alcanzar los fines queridos por estas.

Así las cosas, es válido indicar que una de las principales razones por las que existe una po-

sición doctrinal variada frente a la necesidad de la independencia como elemento indispensable en el contrato de franquicia, radica en la idea de una única forma de franquicia y un rol de la independencia invariable, necesario para que esta se configure; sin embargo el uso práctico y el desarrollo de la figura ha mostrado que ello no es así. Existen variados esquemas de franquicia en tanto que las partes logren a través de ella atender sus necesidades negociales conforme el acuerdo de sus voluntades. Si bien es cierto la variada doctrina sobre este contrato reconoce diferentes tipos de franquicia, al momento de conceptuar sobre la independencia como elemento del contrato desconocen parcialmente las consecuencias prácticas que la evolución del esquema comercial de la franquicia ha venido teniendo, con lo cual el elemento “independencia” cambia según la estructura de franquicia que sea adoptada por las partes.

La interpretación tradicional del contrato haría pensar que si técnicamente se dijera que la diferencia entre una franquicia en su concepto tradicional (entre empresarios jurídica y financieramente independientes) y una franquicia asociativa (donde las partes del contrato están asociadas), es que en la primera las partes son independientes y en la última no, resultaría ser una diferenciación formal carente de relevancia práctica. Precisamente, la modulación del elemento independencia entre las partes, resultante de los diferentes esquemas que estas adoptan de la figura de la franquicia, ratifica que la independencia no es un elemento de la esencia, rígido e inmodificable, del contrato de

franquicia; por el contrario, las partes pueden buscar que esa independencia sea reducida a una forma mínima, según lo que pretenden lograr con el contrato celebrado, lo que genera un consecuente esquema de relación o colaboración entre estas. La franquicia es una herramienta para lograr fines comerciales y empresariales y no un fin en sí mismo.

A continuación se analizará lo que se puede considerar como tres esquemas de franquicia, en donde se modula la independencia de las partes según el esquema comercial que se busca soportar con la figura.

### **1. Esquema clásico de franquicia: la franquicia de distribución o de producto (*product franchising*)**

Puede decirse que en un primer estadio la franquicia se establece como un contrato especial de distribución comercial integrada (Cienfuegos, 2005, p. 79). En este contexto la franquicia puede entenderse como un contrato colaborativo, en virtud del cual se busca, precisamente, que exista una colaboración recíproca entre empresarios, manteniendo una razonable independencia entre ambos. Este es el esquema tradicional en el cual se enmarca la franquicia, y conforme al cual el franquiciador, como empresario independiente, busca ampliar los márgenes de acción de su “negocio”, a través de la colaboración de otro empresario independiente, para lograr una mayor distribución de sus productos, usando para ello un vínculo contractual.

Este esquema primigenio de la franquicia, como se indicó anteriormente, fue la forma de atender la necesidad empresarial de superar los obstáculos que representaban las limitaciones legales impuestas a los acuerdos verticales<sup>2</sup> entre distribuidores y productores, mediante la distribución de los productos de un empresario en el mercado, con la colaboración “distributiva especial” del otro empresario.

Este tipo de franquicia con mayor margen de independencia también es denominado *Product Franchising*; por medio de él lo que se está concediendo al franquiciado es el derecho a distribuir en forma semiexclusiva un producto fabricado por el franquiciador, permitiéndole comercializarlo bajo su nombre o marca y con “un grado de autonomía mucho mayor, ya que es un comerciante que posee cierto grado de especialización” (Farina, 2005, p. 478).

Es con base en este esquema tradicional que se entiende que autores como Guyenot y Arrubla establezcan que la franquicia es una forma o tipo de contrato de concesión. En efecto, en este escenario, si lo que las partes buscan al constituir la franquicia es estructurar por medio de ella una forma de distribución, es adecuado establecer que las partes en este

esquema tienen, y requieren, una mayor independencia, y por lo tanto no se configura una intención asociativa entre franquiciador y franquiciado.<sup>3</sup> En todo caso, vale la pena aclarar que aún en este esquema básico no existe una total independencia de las partes, pues la sola escogencia de la franquicia para desarrollar el negocio querido por estas hace que el franquiciador deba instruir en sus técnicas de distribución al franquiciado, y que este último deba observar dichas técnicas de distribución para comercializar los productos en el mercado acordado. “Ello justifica la menor autonomía del franquiciado frente al franquiciador en comparación con la [independencia] que tiene el distribuidor exclusivo frente al concedente” (Cienfuegos, 2005, p. 79), y así lo ha reconocido la jurisprudencia española desde la denominada sentencia pronuptia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 28 de enero de 1986, asunto 166/85, en la cual se señaló:

Los contratos de franquicia de distribución se distinguen en esto de los contratos de concesión de venta o de aquellos que vinculan a revendedores autorizados en un sistema de distribución selectiva, que no conllevan ni la utilización de un

2. Son acuerdos verticales los celebrados entre operadores económicos que no están situados en el mismo escalón del proceso productivo —productor y distribuidor, por ejemplo— (Cienfuegos, 2005, p. 87).

3. Como crítica a la concepción de la franquicia como un tipo de concesión, Samuco hace una interesante reflexión al indicar que “la franquicia fue inicialmente considerada un tipo de contrato de concesión, debido a que la doctrina únicamente centró su estudio en la franquicia de distribución, sin embargo a pesar de que ambos contratos tienen el elemento común de la relación directa del franquiciado y concesionario con los consumidores, el objeto es diferente, por cuanto el concesionario no adquiere el derecho a desarrollar el modelo de empresa del concedente y si únicamente la facultad de ofrecer a los consumidores los productos de este, en su caso, la de poder hacer constar, mediante la utilización de sus signos distintivos, la relación comercial que existe con él” (2013, p. 396).

mismo rótulo, ni la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni el pago de cánones en contrapartida de las ventajas consentidas.

En este punto es interesante observar cómo aun en este esquema de franchicia de distribución, donde la independencia de las partes es mayor, existe un vínculo jurídico y económico que la disminuye. Véase, por ejemplo, en el plano de la responsabilidad, donde el franchiciador puede responder por los hechos del franchiciado, o conjuntamente con este, de una parte, en virtud (i) del derecho del consumidor que hace solidariamente responsables al productor (franchiciante) y al distribuidor (franchiciado) frente al consumidor; de otra, (ii) por la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, o incluso (iii) en un esquema de responsabilidad extracontractual bajo la teoría de la apariencia frente a terceros ajenos al contrato.

## 2. La franchicia de formato de negocio o *business format franchising*

A este tipo de franchicia se le suele denominar franchicia “propiamente dicha”. Como se indicó en el acápite anterior, se desarrolló fruto del dinamismo práctico de la figura, como una estructura más completa<sup>4</sup> para comprender ya no solo el producto sino también el negocio. Denominada por la doctrina anglosajona como

franchicia *business format* o de “formato de negocio”, en ella las partes ya no solo explotan un esquema de distribución de sus productos, sino replican mediante la franchicia misma un formato de negocio completo. Es un contrato de colaboración, “porque las partes contractuales tienen como causa y objeto perseguir un mismo fin común. Esto es, ambas partes propenden o buscan el éxito comercial de la empresa o negocio franchiciado” (Londoño, 2005, p. 140).

En efecto, el objetivo o el interés de las partes al estructurar esta forma de franchicia no es la comercialización o venta de un producto como ocurre en la concesión o en la franchicia de distribución, sino la reproducción de un sistema negocial basado en el *know-how* y la experticia del franchiciador, que ya han sido acreditadas por este, aprovechando en la otra orilla el conocimiento que el franchiciado tiene de su mercado local para ampliar la red, de tal forma que no solo se transmiten las técnicas de distribución, sino la forma misma como se estructura la empresa, y prestar un apoyo permanente para que la experiencia del cliente final sea la misma en cada establecimiento de la cadena. En palabras de Samuco (2013, p. 397) la franchicia de formato de negocio es un

contrato de cesión de uso de un método completo de explotar una empresa en el que el franchiciado paga una cantidad no solo por el derecho de usar la marca,

4. Completa bajo el entendido que ya no solo está interesada en la distribución como forma de superar las limitaciones de las leyes antitrust y de los acuerdos verticales, sino para multiplicar formatos de negocio (Farina, 2005, p. 478).

sino también por el derecho de formar parte de un sistema.

En todo caso, como se explota el “negocio ajeno” conforme las directrices del franquiciante, no siempre es dable decir que este no responde por el daño que pueda generar el franquiciado en su territorio, por ello es común que en una franquicia internacional se incluya la exigencia de contratar una póliza de seguros de responsabilidad civil por el franquiciado a favor del franquiciante, por medio de la cual este último busca asegurar los riesgos inherentes a la pérdida de control del negocio en otro país, en el eventual caso de ser demandado por un tercero, en razón de un hecho dañoso imputable al franquiciado.

Así las cosas, en este segundo estadio la independencia consecuentemente se disminuye, porque las partes requieren estar “menos alejadas”, pues la explotación de un mismo esquema de negocio hace que el franquiciado, que en la franquicia de distribución era más un empresario financiera y económicamente independiente, ahora esté incorporado a una red de franquicias, y por su parte el franquiciador debe lograr que dicho franquiciado tenga un establecimiento con los mismos estándares de calidad y experiencia de servicio, como si se tratase de un establecimiento propio de la empresa dueña de la marca y el *know-how*.

Al disminuir la independencia aumentan las responsabilidades conjuntas dentro del negocio, pues ya no se distribuyen solo bienes de un tercero conforme un método especial, sino que

se estructura una red empresarial de la cual la franquicia es parte. En este esquema, contractualmente se busca que el franquiciador pueda efectuar control y auditoría permanente de la operación que realiza el franquiciado, así como dirigir y controlar las políticas de publicidad. Igualmente, puede pedir del franquiciado informes periódicos y detallados, en los que se pueda constatar el cumplimiento de manuales y políticas de la franquicia (Navas y Mosquera, 2009, p. 294).

### 3. Franquicia asociativa

Un tercer estadio de la franquicia consiste en la franquicia asociativa, esto es, una evolución sobre la base de la franquicia de formato de negocio.

Antes de adentrarnos en el análisis de este esquema es necesario contextualizar la figura en el marco de las formas como se estructuran las empresas en su práctica comercial, en términos generales, con miras a lograr el propósito de una expansión empresarial.

Dentro de las diversas formas que puede adoptar una empresa para lograr ampliar su presencia en su mercado local o en otros mercados (expandirse), está la tradicional, que consiste en ampliar la presencia “directa” de la empresa en el mercado objeto de interés mediante nuevas sucursales o filiales de la empresa matriz. Sin embargo, la práctica empresarial en un mundo globalizado ha generado que se cambie la forma como las empresas se estructu-

ran para lograr dichos objetivos de expansión. Desde la perspectiva de su función económica y práctica comercial, la empresa también puede estructurarse para crecer y expandirse utilizando vínculos contractuales, es decir, que en lugar de abrir una sucursal, logra posicionarse económicamente en otro mercado a través de contratos como el de franquicia, uno de los diversos mecanismos disponibles (Muchlinski, 2007, p. 52), pero manteniendo en lo posible un concepto y una estructura de unidad de empresa.

Para autores como Muchlinski (2007), la forma como se estructura una empresa no debe ser vista desde sus instituciones clásicas, sino en su forma efectiva de organización para lograr sus fines desde su función económica, o en otras palabras, se debe observar en un enfoque pragmático, que dé cuenta de cómo efectivamente las multinacionales se estructuran para alcanzar nuevos mercados. En tal sentido, se entiende que una empresa multinacional (expandida en varios mercados) no solo se configura conforme la estructura tradicional de matriz y subordinadas, sino que también se expande funcionalmente, usando mecanismos mediante los cuales pueda extender significativamente su influencia sobre otra empresa, o pueda establecer una conexión tan fuerte con

esta que le permita coordinar sus operaciones en un mismo negocio, acorde con las formas en que se conciben los negocios en los diferentes mercados, de tal manera que como resultado logre el mismo objetivo económico de introducir funcionalmente su empresa en otro mercado, sin siquiera tener que abrir una sucursal. Es así como Muchlinski (2007) establece que, en efecto, existen multinacionales que adoptan su forma basadas o soportadas en estructuras contractuales<sup>5</sup> (p. 52).

Es importante aclarar que, en todo caso, jurídicamente sigue habiendo una diferencia entre matriz y filial y franquicia asociativa, pues aunque en ambas existen personas jurídicas diferentes, las partes que suscriben el contrato de franquicia económicamente están compartiendo la inversión y el riesgo de la explotación de la empresa. El hecho de que funcionalmente se logren esquemas de eficiencia similares no exime perder de vista que siguen siendo esquemas diferentes.

Pero no solo Muchlinski ha analizado el fenómeno de la estructuración de las empresas mediante vínculos contractuales; otros autores como Oldenziel, Wilde-Ramsing & Feehey (2010), en el reporte editado por la OCDE Watch, también advierten este proceso. En

5. A modo de ilustración, véanse por ejemplo los procesos de tercerización cada vez más arraigados en las prácticas empresariales modernas. A través de ellos una empresa decide no contratar de manera laboral directa a todos sus empleados, ni prestar todos sus servicios a través de sucursales directas, sino que suele apoyarse en una empresa de *outsourcing* que le suministre personal en misión para desarrollar parte de las labores administrativas o prestar parte de sus servicios como empresa, y por otra parte puede utilizar contratistas independientes para desarrollar ciertas labores operativas. El hecho de que la empresa preste sus servicios no solo a través de sus trabajadores directos, sino colaborándose de terceros vinculados contractualmente, es un ejemplo del planteamiento de Muchlinski referente a que las empresas también se estructuran mediante vínculos contractuales.

efecto, al revisar la práctica de las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) diez años después de su implementación, señalan que “debido a las transacciones internacionales y las redes globales de producción, las fronteras de las empresas tienden a desdibujarse, con frecuencia como resultado de la tercerización de la manufactura y de otros procesos económicos” (Oldenziel et al., 2010, p. 33). En un análisis enfocado en la necesaria conexión de la multinacional conformada mediante diversos vínculos, como el contractual con sus socios y proveedores, como lo establece Muchlinski, los mencionados autores terminan indicando que ante esta concepción desdibujada de la multinacional se genera una directriz de la OCDE con efectos superficiales, por no regular a las empresas teniendo en cuenta su verdadera estructura, y concluyen:

Por lo tanto, la esperanza de poder promover la conducta empresaria responsable en ciertas partes de una corporación, mientras se excluye a otras partes de la misma cadena de suministro del deber de respetar normas internacionalmente definidas parece totalmente artificial. (Oldenziel et al., 2010, p. 33).

Para contrarrestar esta situación de inaplicabilidad práctica de sus directrices en las empresas multinacionales, mencionan que la OCDE en el 2003 “aclaró” e introdujo el concepto de “nexo de inversión”, con el fin de establecer que las directrices de responsabilidad social empresarial también deben ir dirigidas a las

empresas donde existan “relaciones caracterizadas por un vínculo de inversión” (Oldenziel et al., 2010, p. 33).

No obstante este ajuste en la directriz, al revisar la aplicación de esta, incluida la “aclaración”, Oldenziel et al. han observado que los puntos nacionales de contacto (PNC) no han hecho un “uso” adecuado de ella, teniendo en cuenta que en varios casos en los que están inmersos socios o proveedores de la cadena de suministro de la multinacional, son desestimados o rechazados argumentando falta de nexo de inversión, situación que critican cuando concluyen: “La OCDE debe considerar las actuales estructuras de las empresas y redefinir la responsabilidad sobre la cadena de suministro, la cual no debería basarse exclusivamente en relaciones de inversión” (Oldenziel et al., 2010, p. 33).

En España la doctrina y la jurisprudencia han determinado que en ciertos casos la franquicia constituye un grupo o conglomerado de empresas, que se caracteriza por el funcionamiento unitario, es decir, por la unidad en la dirección, prestación sucesiva de servicios de los empleados del grupo, patrimonio compartido y apariencia externa de unidad empresarial. Según Navas y Mosquera (2009, p. 298), al existir

confusión de patrimonios entre el franquiciador y el franquiciado no es fácil dilucidar la independencia entre ellos, como cuando existe algún tipo de vinculación accionaria o de administración, caso en el cual se puede considerar que el fran-

quiciador se está beneficiando de la explotación de la franquicia directamente, [por consiguiente] existe una unidad de empresa.

Con esta contextualización se muestra que la forma como se estructuran actualmente las empresas mediante vínculos contractuales no solo es una posición doctrinal, sino que su trascendencia en la práctica comercial y en la función económica también resulta un punto de “inquietud” para organismos internacionales en torno al verdadero concepto, margen de acción y alcance de estas.

El hecho de que una empresa se estructure mediante vínculos contractuales, conforme lo expuesto, puede desencadenar unas preguntas consecuenciales: ¿cuál es realmente la diferencia de estructura si las empresas normalmente celebran contratos? Y más aún, ¿cuál sería la diferencia de la estructura de una empresa si celebra un contrato de franquicia de distribución o un contrato de franquicia asociativa? La respuesta a estas inquietudes radica, entre otras circunstancias, en el mismo punto: la independencia de las partes.

Normalmente las empresas celebran contratos con terceros para el desarrollo de su objeto social, pero si una empresa, con el fin de introducirse en un nuevo mercado, celebra contratos de franquicia distributiva de forma que los pequeños empresarios locales puedan hacer parte de su red de distribución, en la práctica de la ejecución lo que realmente está logrando es que sus productos lleguen en efecto a

ese nuevo mercado, pero no todo el concepto de su empresa. En este caso, el franquiciado solo está obligado a seguir las técnicas de distribución, pero como los fines de la empresa no se agotan o se limitan a comercializar, quedarían por fuera de este vínculo contractual aspectos que el franquiciante requiere lograr en ese nuevo mercado, como poner en práctica la totalidad del *know-how*, transmitir los valores asociados a su marca, esquemas de lealtad, procesos adicionales de calidad y servicio, y demás elementos propios de la empresa. El empresario local (franquiciado) es independiente para configurar todos los demás elementos diferentes a la distribución, pero en contrapartida, el empresario franquiciador, que es la cabeza de la multinacional, tiene un control bajo sobre el mercado explotado.

Y es que existen diferencias según la modalidad o tipo de franquicia utilizada. Como lo señala Bercovitz:

En efecto, la configuración del contrato de franquicia resulta distinta en función de que estemos ante una franquicia directa o una principal. En ambos casos nos hallamos ante contratos complejos, pero lo característico del contrato es distinto en cada uno de estos modelos. En la franquicia directa el franquiciador pretende introducir sus productos, servicios, etc., en el mercado extranjero de manera inmediata, estableciendo con este contrato un canal de distribución. Por el contrario, la franquicia principal no tiene como primer objeto la distribución, sino

la creación de una estructura de distribución. (2009, p. 370).

La forma de lograr que la experiencia de empresa sea más unificada sería celebrando un contrato de franquicia de formato de negocio, en el cual el franquiciado está obligado a replicar de manera precisa los diferentes elementos en dicho mercado, con el objetivo, entre otros, que el cliente tenga una experiencia lo más homogénea posible si compra en una sucursal directa de la empresa matriz o si compra en una de sus franquicias. En este esquema de franquicia, sin embargo, el franquiciado es quien mayoritariamente se apropia del conocimiento y control del mercado específico, al ser él quien directamente lo explota. Evidentemente la independencia de las partes se disminuye en pro de que la unidad empresarial se vea fortalecida.

Este modelo de franquicia se ve como una forma más ventajosa de adoptar una estructura de expansión empresarial, respecto al esquema tradicional de expansión a través de la red de sucursales,

ya que a través de ella, el empresario, sin mantener la propiedad de los canales de distribución, conserva por medio del contrato el control del comportamiento económico de los distribuidores, sin tener que asumir el alto costo que supone la creación de sucursales o de filiales. (Navas y Mosquera, 2009, p. 282).

Sin embargo en este esquema negocial de la franquicia siguen presentándose algunas des-

ventajas. Según Londoño (2005), para el franquiciador, están la pérdida “de cierto grado de control de su negocio”, pues “dependerá del buen manejo del negocio del franquiciado, aumentarán sus costos administrativos a causa del control. Inspección y vigilancia que le debe imponer al franquiciado” (p. 143); y para el franquiciado está la desventaja de tener poco margen de iniciativa “en la explotación y promoción del negocio” y la toma de decisiones estará limitada por las directrices del franquiciante (p. 143).

Se analizará ahora la franquicia asociativa, como un paso posterior en la práctica comercial frente a la franquicia de formato de negocio. En este esquema se reduce aún más la independencia de las partes, para lograr una mayor cohesión en la unidad económica y funcional de la empresa. Al ser el franquiciador socio del franquiciado no solo logra que se replique su formato de empresa, cosa que ya conseguía con la franquicia de formato de negocio, sino que adicionalmente puede introducirse en las decisiones corporativas de la empresa que explota su franquicia y retroalimentarse directamente de la forma como su empresa ahora se desarrolla, lo que adicionalmente genera que se mitigue el riesgo de control en el nuevo mercado. Si con la franquicia formato de negocio se logra que el cliente tenga la misma experiencia dentro de los diferentes puntos franquiciados, con la franquicia asociativa se consigue que el empresario franquiciador obtenga la misma experiencia de empresa en cada uno de los puntos franquiciados, como si se tratase de la explotación de mercados a través de sucursa-

les directas. En consecuencia, las partes son aún menos independientes, no solo porque la forma de explotar la empresa es uniforme, sino porque además dicha asociación puede generar que los órganos de decisión ya no estén en cabeza de empresarios independientes, sino que ambas partes al asociarse deben tomar las decisiones en conjunto. Económicamente el franquiciador no solo obtiene riquezas vía regalías (*royalties*), sino que además percibe remuneración con parte de las ganancias directas de la empresa que explota la franquicia, pues al asociarse también obtiene ganancias como si fuese franquiciado.

Autores como Marzorati (2001) indican que los procesos de expansión empresarial pueden darse por subordinación o por colaboración empresarial, siendo la franquicia un ejemplo de expansión por colaboración, manteniendo en todo caso el franquiciador “una influencia dominante” (p. 8). Pues bien, se puede decir que con la franquicia asociativa se obtiene un mecanismo empresarial intermedio entre la subordinación y la colaboración: una expansión por asociación, donde se genera un vínculo más estrecho que la colaboración entre partes independientes, pero menos rígido que una estricta subordinación.

Recapitulando: si las partes requieren de la franquicia para una función de distribución, la relación entre estas tendrá una mayor independencia; si la franquicia busca replicar un formato de negocio completo integrándose a una red de franquicias, la independencia entre las partes consecuentemente debe ser menor,

pues a través de la franquicia se deben seguir las directrices de la empresa que permean los manuales y el *know-how* que el franquiciador debe suministrar y que el franquiciado debe observar. Si lo que se pretende es tener un mayor control en el proceso de expansión, y las partes desean asociarse, claramente la independencia es aún menor, tanto como la asociación misma lo establezca, para que la franquicia sea explotada más que por partes independientes por socios de una misma empresa.

## **II. LA INDEPENDENCIA EN LA FRANQUICIA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO A LA COMPETENCIA: LA FRANQUICIA ASOCIATIVA, UN ESQUEMA AFÍN A LA COMPETENCIA**

En esta segunda parte del documento se pasa a revisar algunas implicaciones prácticas de la franquicia asociativa, en particular lo relacionado con el derecho a la competencia y al consumo. Para continuar con la metodología utilizada se contrastarán los efectos prácticos de los diferentes esquemas de franquicia respecto a la competencia, para después centrarse en el análisis de estos en la franquicia asociativa en especial.

### **A. La franquicia y el derecho a la competencia, un problema de análisis clásico**

Un tema de estudio recurrente en las franquicias gravita en la eventual violación al régimen

de libre competencia que se puede configurar con dicha figura, principalmente derivada del exclusivo aprovisionamiento que debe hacer el franquiciado de los productos del franquiciador. Parte de la doctrina ha establecido que cuando un franquiciador suministra al empresario-franquiciado las mercaderías en exclusiva, se presenta una dependencia económica debido a la selección y limitación de los productos que está inmersa en la relación negocial. Esta conducta es asimilada como abuso de la situación de dependencia económica y está tipificada como un acto de competencia desleal en diversas legislaciones. Así, por ejemplo, el numeral 2º del artículo 16 de la ley española sobre competencia desleal, ha previsto que “se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas cliente o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad” (López, 2005, p. 366).

En Colombia, según el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo vertical puede devenir en una práctica anticompetitiva, cuando se configura un abuso de la posición dominante. Por su parte, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que adiciona el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, señala:

Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica

y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

En esta línea, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha establecido, a modo de ejemplo, algunas conductas que pueden configurar abuso de la posición dominante, tales como los acuerdos que tengan por objeto o tengan por efecto la fijación directa o indirecta de precios, la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un proveedor en situación desventajosa frente a otro proveedor que está en condiciones similares; la subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio; la venta a un proveedor en condiciones diferentes a las de otro proveedor con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; u obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización (s.f., Qué conductas se constituyen...)

Y justamente hablando en términos de competencia es importante recordar que en sus inicios, la franquicia en Norteamérica se estableció como un mecanismo para evadir las normas antimonopolio.

Desde la óptica del derecho de la competencia, la franquicia en su expresión más clásica implica en su configuración una forma de acuerdo vertical y como tal, en principio, debe-

ría entenderse que si las partes independientes se están vinculando contractualmente, su relación tiene como uno de sus límites las normas de competencia o antitrust. No obstante, regulaciones como la de la Comisión Europea abiertamente reconocen que la franquicia es un acuerdo vertical del cual no se predicen las prácticas anticompetitivas o que si existen, la ley las permite al declararlos acuerdos verticales exentos (art. 101 del Reglamento (UE) 330/2010).

Es importante aclarar que el acuerdo vertical en la franquicia, tal como está indicado en la normatividad Europea, no existe en el ordenamiento colombiano, por tal razón si se logra comprobar que efectivamente a través de la franquicia se está ejerciendo una posición dominante que afecta el mercado relevante, esta devendría en dicho caso en un mecanismo contrario al derecho de la competencia y podría ser sancionado de conformidad.

Así las cosas resulta imperioso preguntarse: ¿cuál sería la diferencia entre un acuerdo vertical entre distribuidores y fabricantes, y uno entre franquiciador y franquiciado? Una vez más la respuesta tiene connotaciones diferentes según la independencia de las partes y el esquema de franquicia adoptado de conformidad con dicha independencia, como se pasa a analizar en el acápite siguiente.

## **B. Esquemas de franquicia, acuerdos verticales y prácticas anticompetitivas**

En las siguientes líneas se analiza cómo el concepto de independencia puede ayudar a entender la situación de la franquicia frente al derecho de competencia, conforme a los esquemas que se están contrastando.

En la franquicia de distribución, donde la independencia es mayor, los acuerdos entre las partes deben evitar explícitamente configurar una posición dominante que afecte el mercado relevante, conforme se expuso en el acápite anterior, pues ello los diferenciará del acuerdo vertical entre fabricante y distribuidor en el que ambos empresarios independientes, con el fin de maximizar sus ganancias, establecen pactos que resultan ilegítimos desde la óptica de la competencia, por cuanto y en tanto tienen como causa o como consecuencia limitar el mercado relevante al que pertenecen,<sup>6</sup> de tal suerte que las partes limitan su independencia de manera subrepticia para restringir o afectar la libre competencia y con ello al mercado y a los consumidores. Por tal razón, en la franquicia de distribución se debe mostrar que la limitación de la independencia se realiza de manera abierta, para lograr la comercialización de los productos de la empresa franquiciada como parte de la explotación del negocio. El resultado, en consecuencia, es incrementar

6. En términos generales, el mercado relevante se determina al identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferenciadas respecto de las de otras áreas geográficas próximas (Jiménez y Cañizares, 2005, citados por la SIC en la Resolución 40598/2014, p. 23).

el dinamismo y la competitividad para entrar a mercados en los que ya pueden existir competidores fuertes y consolidados (Cienfuegos, 2005, p. 73).

En la franquicia de formato de negocio la independencia disminuye y con ella la carga argumentativa frente al acuerdo vertical anticompetitivo. En efecto, como desde el aspecto económico los acuerdos verticales buscan lograr una eficiencia en la cadena de producción y distribución, si no se hacen en un marco de libre mercado o de igualdad de oportunidades entre los diferentes renglones (productivo y distribuidor) pueden restringir el acceso de productos en un mercado. En la franquicia el concepto de eficiencia en la cadena se mantiene, pero la consecuencia anticompetitiva no se materializa por la misma naturaleza del contrato. Las partes hacen el acuerdo vertical para garantizar que los productos que lleguen al mercado mantengan la calidad y características del negocio franquiciado, y no para controlar un mercado de manera anticompetitiva. Lo que se busca con este acuerdo en la franquicia es distribuir la dosis de innovación que viene del formato de negocio, y por ende no se va a restringir el acceso a los productos, sino por el contrario, poner en el mercado el mayor número de productos en un contexto de mercado competitivo, pues solo de esta forma la franquicia será exitosa para ambas partes. De cara a las expectativas del consumidor el acuerdo vertical clásico responde de manera diversa, mientras que en la franquicia lo hace de manera uniforme, que es precisamente el objeto de la franquicia de formato de negocio.

En efecto, es esta unidad funcional y económica la que cambia el carácter procompetitivo del acuerdo vertical entre las partes, pues tratándose de un mismo negocio dicho acuerdo resulta necesario no solo para desarrollar el negocio franquiciado, especialmente en una franquicia de formato de negocio (y más aún en una franquicia asociativa), sino para mantener el *know-how* empresarial y la experiencia comercial exitosa. Además, es a través de este acuerdo que precisamente se logra que el cliente reciba un mismo estándar alto de calidad y se transmitan adecuadamente los valores asociados a la marca del negocio franquiciado.

Lo curioso de la comparación es que a los dos empresarios independientes se les permite hacer un acuerdo vertical al amparo del contrato de franquicia, precisamente porque resultan no ser tan independientes al estar vinculados a la explotación de un mismo formato de negocio —el del negocio franquiciado—, para lo cual el acuerdo vertical es un elemento vital.

Finalmente, en la franquicia asociativa, al ser mínima la independencia desde el punto de vista económico, la carga argumentativa tiende a cero en orden a justificar que no hay opción de que se configure en ella una posición dominante que pueda afectar el mercado relevante no solo porque se está explotando un mismo esquema de negocio, sino porque adicionalmente la relación de socios que existe entre las partes, las inversiones comunes y el reparto del riesgo para la explotación del nuevo mercado hacen que no se configure una pluralidad de voluntades, que económica-

mente hablando, pueda dar pie a una posición dominante para efectos del derecho a la competencia. Pero para ilustrar de manera más detallada esta posición, en el siguiente acápite se analiza un caso que permite resaltar esta consecuencia práctica de la franquicia asociativa.

### III. UN CASO DE FRANQUICIA ASOCIATIVA EN EL CONTEXTO COLOMBIANO

Para contextualizar en el mercado colombiano los diferentes planteamientos realizados hasta ahora, a continuación se analiza un caso de franquicia asociativa: la celebrada entre TERPEL y OPESE, en virtud de la cual TERPEL suscribía contratos de franquicia para la comercialización de gas natural vehicular comprimido (GNVC) marca GAZEL, con las estaciones de servicio (EDS) de la sociedad Operaciones y Servicios de Combustible S.A.S. (OPESE), de la cual TERPEL era socio (SIC, R. 40598/2014, p. 42).

La SIC establece en la Resolución 40598 de 2014 el esquema de dicha franquicia asociativa en los siguientes términos:

Es pertinente recordar que Operación y Servicios de Combustibles S.A.S. –OPESE, fue una sociedad que consolidó TERPEL para que funcionara como operadora y administradora de EDS propias. TERPEL firmaba contrato de franquicia con OPESE y esta última sociedad, en atención a los

lineamientos de tal acuerdo, operaba las EDS que estaban a su cargo. (p. 67).

En este caso específico la SIC investigaba si TERPEL y OPESE estaban realizando prácticas anticompetitivas, al tener acuerdos de precios mediante el esquema de franquicia, por los cuales se pudiese entender que OPESE era un precio aceptante respecto de la posición dominante que TERPEL ejercía sobre esta.

Resulta interesante el planteamiento de la SIC sobre la doble relación entre franquicia y sociedad que ostentaba TERPEL frente a OPESE y las EDS, pues aunque el planteamiento expresado en la resolución indica que no era para definir una regulación o funcionamiento de franquicia, sino la configuración o no de un acuerdo de fijación de precios,<sup>7</sup> la reacción ante esta situación asociativa ayuda a mostrar la interpretación que normalmente se tiene sobre la situación:

En este punto, vale la pena aclarar que las EDS “aliadas” a las que se refiere el quejoso se entenderán en la presente Resolución como las EDS franquiciadas de TERPEL, debido a que no podría predicarse la existencia de un acuerdo entre tal empresa y las estaciones que son de su propiedad. Lo anterior, por cuanto en ese supuesto se estaría aludiendo a una única voluntad y no a una pluralidad de voluntades diferenciadas e indepen-

7. Teniendo en cuenta la naturaleza de la franquicia, se faculta al franquiciante para fijar el precio de los productos objeto del acuerdo, y con base en ello TERPEL le entregaba a sus franquiciados “una lista oficial de precios”.

dientes que se ponen de acuerdo, aspecto que es indispensable para predicar la existencia de un acuerdo. (SIC, R. 40598/2014, p. 64).

Así, respecto a dicha franquicia asociativa, la SIC termina concluyendo que tal como está concebida por las partes tiene una connotación especial, pues al existir una inversión del franquiciante mayor a la que se espera en las franquicias de formato de negocio, ello conlleva a que las partes estén más unidas y en consecuencia “el franquiciado no opera como un gestor de un negocio propio, sino como una especie de operador (con responsabilidad) de un establecimiento de comercio” (p. 108) dado por el franquiciador o que las partes han constituido conjuntamente según el grado de su inversión en la asociación, y “en esa medida, ambos agentes están relacionados no solo en virtud del contrato de franquicia sino también por la inversión realizada” (p. 108). Explícitamente anota la SIC que encuentra en este tipo de franquicia configurada por las partes, una franquicia *sui generis* en la medida que no deja que el franquiciado asuma la totalidad de la inversión, ni la totalidad de los riesgos que normalmente debe asumir en un 100 % en una franquicia de formato de negocio “como entidades independientes”, pero que en pro de una relación más estrecha las partes han querido realizar (p. 108).

Respecto a la fijación de precios, la SIC establece que estando las partes inmersas en una red de franquicia “y que la naturaleza jurídica de la franquicia faculta al franquiciante para la fijación del precio” (p. 69), la existencia de una

cláusula con listas de precios es una facultad normal del franquiciador que explícitamente se plasma en el contrato de franquicia (p. 69).

Y para fallar el caso, la SIC concluye que TERPEL efectivamente fija los precios de reventa del GNVC marca GAZEL a sus EDS franquiciadas (p. 72), y pasa a establecer que la franquicia implica “una verdadera agrupación de empresas o una creación de grupos de interés económico” en la medida que los vinculados de esta forma funcionan “en razón de una identidad de objeto”, resaltando que la franquicia se “soporta en una interrelación e interdependencia de los intereses de las partes” (p. 73). Por lo tanto concluye de manera categórica:

En virtud de este esquema negocial se le permite al franquiciante imponerle condiciones al franquiciado que este último debe acatar, respetar y seguir. Esto implica que, en la práctica, no se pueda hablar de una autonomía real de las partes durante la ejecución del contrato, pues en el marco del negocio convenido una de ellas está llamada a someterse a los lineamientos y supervisiones de la otra. (SIC, R. 40598/2014, p. 74).

Y ratificando lo expuesto, aclara:

La idea detrás de la expansión de un modelo de negocio mediante un sistema de franquicia es que el consumidor final no pueda distinguir si el bien o servicio proviene del franquiciante o del franquiciado. Lo que se pretende es que los bie-

nes o servicios sean idénticos en ambos casos. Es por ello que la actuación del franquiciado debe ajustarse a normas e instrucciones estrictas, y someterse a controles y supervisiones exigentes y permanentes. (SIC, R. 40598/2014, p. 87).

Más adelante advierte que dicha disminución de independencia se cumple siempre y cuando se esté aludiendo a una “franquicia propiamente dicha” o *business format franchising* por medio de la cual “el franquiciante realiza los negocios que haría con sucursales propias, en aras de vender sus productos o prestar sus servicios de una manera uniforme a todos los consumidores” (p. 87).

Respecto a la fijación de precios estableció que las normas permiten adicionalmente este tipo de acuerdos verticales por generar “eficiencias deseables” y por ende carece de naturaleza anticompetitiva (p. 87).

Así las cosas, la SIC establece que:

Un contrato de franquicia representa un acuerdo vertical en el que necesariamente se coordinan decisiones relacionadas con la venta de un bien o prestación de un servicio específico en el mercado. Así, la funcionalidad misma del contrato parte de una autonomía sesgada del franquiciado, pues la gestión del negocio que este agente quiera hacer depende en gran parte de la gestión del negocio que espera y en parte aprueba el franquiciante. (R. 40598/2014, p. 91). [Resaltado en el original].

Y continúa la SIC indicando que reconoce que la franquicia representa una relación vertical particular, en la medida en que su misma estructura concibe la concentración de una variedad de aspectos y la imposición de condicionamientos restrictivos, que se requieren para que este contrato *cumpla la función económica que le es propia*. Determinadas cláusulas restrictivas pueden considerarse esenciales para la protección de la identidad común de la franquicia, para la protección de la reputación de la red de distribución que mediante ella se conforma, o para impedir que el *know-how* transmitido y la asistencia técnica y comercial brindadas por el franquiciante puedan terminar beneficiando a terceros competidores (p. 91).

Finalmente, concluye la SIC que en todo caso, aunque por la naturaleza de la franquicia tiende a entenderse que los acuerdos verticales inmersos en ella no son *per se* anticompetitivos, solo del análisis caso por caso y de las consecuencias del acuerdo es posible determinar su carácter restrictivo de la competencia. De tal forma que si por alguna razón no existe una pluralidad de voluntades, la conducta no podrá encuadrarse en la modalidad de acuerdo restrictivo de la competencia, y, por ende, no puede ser objeto de reproche en razón de tal naturaleza (p. 95). En consecuencia, pasa a afirmar categóricamente que en la franquicia asociativa “no se puede hablar de una independencia total entre franquiciante y franquiciado al estar vinculados bajo esquemas de inversión y coinversión” (p. 109). De manera gráfica, para los fines del presente escrito se destaca lo que señala la SIC:

Aunque TERPEL y cada EDS franquiciada sean jurídicamente independientes, no lo son en materia económica, pues el establecimiento de comercio, representado en el conjunto de bienes organizados para realizar la comercialización de GNVC (en este caso, marca GAZEL), o es producto de la inversión total del franquiciante, o es producto de la inversión conjunta de franquiciante y franquiciado. En esa medida, sin la inversión del franquiciante, el establecimiento de comercio para la comercialización del GNV no existiría. Por ende, sin tal inversión, la estación ni siquiera contaría con los insumos suficientes para comercializar GNV con otra marca. (R. 40598/2014, p. 109).

De esta forma, la SIC no solo reconoce que existe una limitación en la independencia de las partes contractuales en la franquicia asociativa, deseada y configurada por estas, sino que le da consecuencias prácticas en el plano del derecho de la competencia, en un argumento que se puede resumir en la siguiente cita:

En estas circunstancias la Delegatura considera que no es posible predicar la existencia de un acuerdo anticompetitivo de fijación de precio vertical, pues no existen voluntades diferenciadas e independientes cuando los agentes económicos invierten conjuntamente en la construcción, operación y mantenimiento del establecimiento de comercio donde se desarrolla el modelo de negocio franquiciado. (R. 40598/2014, p. 109).

#### IV. CONCLUSIONES

La independencia no es un elemento rígido e inamovible de la esencia del contrato de franquicia, por ende no solo es posible reducirla, sino que las partes en su acuerdo de voluntades y la ejecución práctica de la figura, en efecto pueden reducirla para lograr la consecución de sus fines comerciales y empresariales.

Como consecuencia de lo anterior, la franquicia asociativa es la estructuración de un contrato donde las partes desean limitar al máximo la independencia económica y empresarial, e incluso jurídica (cuando las partes se hacen socios de una misma empresa que explota la franquicia en un territorio), hasta el punto que se pueda afirmar que funcionalmente las partes no tienen voluntades diferenciadas para la explotación del negocio pretendido, como fue la conclusión de la SIC en el caso comentado .

Este nivel de “reducción” de la independencia tiene consecuencias prácticas, en cuanto que las partes funcionalmente logran estructurarse como una misma empresa no solo de cara al consumidor, sino incluso al interior de estas, considerándose como una empresa multinacional creada por un vínculo contractual estrecho.

Desde la óptica de la expansión empresarial, en la franquicia asociativa las partes comparten la inversión de explotar un nuevo mercado y el riesgo del éxito del negocio en dicho mercado, cambiando el esquema tradicional de las

franchicias de formato de negocio, en las cuales es el franquiciado quien asume totalmente dicha carga de inversión y riesgo al ingresar a la red de franchicias, y en consecuencia se logra una funcionalidad empresarial unificada. Funcionalmente las partes se configuran para ser una misma empresa que explota el negocio franquiciado, y por ende el control y la experiencia del nuevo mercado se obtiene directamente por ambas partes.

En materia del derecho a la competencia, en la franchicia asociativa, como consecuencia del vínculo estrecho configurado por las partes, no se puede predicar que exista el acuerdo vertical propio de las franchicias en general, como una práctica anticompetitiva.

Así las cosas, la reflexión y el aporte académico y doctrinal sobre la franchicia debe tener en cuenta la nutrida experiencia y la práctica comercial, con las cuales la autonomía de la voluntad y la innovación de las partes generan nuevas estructuras en el seno de la franchicia, para así poder responder a las necesidades dinámicas de empresas y comerciantes que buscan a través de este tipo de acuerdos unos fines comerciales que no son tan rígidos como otras figuras e instituciones.

Una vez se suscite un mayor desarrollo doctrinal de la figura de la franchicia asociativa en nuestro contexto académico, se deben analizar fenómenos consecuenciales de la forma como esta se estructura. Por ejemplo, revisar los particulares efectos del incumplimiento en la franchicia asociativa, pues si las partes ade-

más son socios para explotarla, ¿en cabeza de qué parte (franquiciante o franquiciado) debe predicarse el incumplimiento? Y si como consecuencia del incumplimiento la relación contractual de franchicia termina y la sociedad no se liquida, ¿cómo debe operar una sociedad que fue creada exclusivamente para explotar la franchicia?, ¿el hecho de terminar el contrato de franchicia genera indefectiblemente que deba terminarse la vigencia de dicha sociedad?, en estas circunstancias ¿puede configurarse un conflicto de intereses si el administrador favorece a una de las partes en el contrato de franchicia?, ¿resultaría aplicable la figura del levantamiento del velo corporativo para resolver eventos de incumplimiento o resolver otros conflictos en el seno de la franchicia asociativa?

Como podrá darse cuenta el lector, la pretensión con este escrito no era otra que adentrar en el análisis de la franchicia asociativa y allanar en parte el terreno para que se desarrollen más investigaciones que pueden resultar de relevancia empresarial y comercial práctica.

## Referencias

1. Arrubla, P. (2012a). *Contratos mercantiles. Contratos atípicos* (Segunda ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores.
2. Arrubla, P. (2012b). *Contratos mercantiles. Teoría general del negocio mercantil* (Decimotercera ed.). Bogotá D.C.: Legis Editores.

3. Bercovitz, R., Moralejo, N. y Quicios, M. (Coords.). (2009). *Tratado de contratos* (t. III). Valencia: Tirant lo Blanch.
4. Cámara de Comercio Internacional. (s. f). Modelo de Contrato de Franquicia.
5. Cienfuegos, M. (2005). Contrato de franquicia, ordenación del comercio y derecho de la competencia. *Revista Jurídica de Catalunya*, 104(2), 399-432.
6. Comisión Europea. Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 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.
7. Chuliá, E y Beltrán, T. (1999). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos* (Vol. 1). Barcelona: José María Bosch.
8. Farina, J. (2005). *Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial* (Tercera ed.). Buenos Aires: Editorial Astrea.
9. Federación Europea de la Franquicia. (1991). *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*.
10. Gallego, E. (2010). *Derecho de la empresa y del mercado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
11. Guyenot, J. (1977). *¿Qué es el franchising? Concesiones comerciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
12. Jiménez, G. (2013). *Lecciones de derecho mercantil* (Decimosexta ed.). Madrid: Tecnos.
13. Liñán, P. e Iglesias, J. (2014). Los contratos de distribución (II): El contrato de franquicia. En M. Yzquierdo, J. M. Almudí y M. A. Martínez (Coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias* (pp. 835-898). Madrid: Aranzadi.
14. Londoño, M. (2005). El contrato de franquicia internacional en Colombia. *Foro del Jurista*, (26), 137-146.
15. López, F. (2005). *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
16. Martín, E. y Echarri, A. (2000). *La franquicia; aplicación práctica y jurídica*. Navarra: Aranzadi.
17. Marzorati, O. (2001). *Franchising*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
18. Marzorati, O. (2008). *Sistemas de distribución comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

19. Mayorga, M. (2007). *El contrato mercantil de franquicia*. Granada: Comares.
20. Muchlinski, P. (2007). *Multinational Enterprises and the Law* (Second ed.). New York: The Oxford International Law Library.
21. Navas, M. y Mosquera, M. (2009). El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. *Vniversitas*, (119), 279-304.
22. Oldenziel, J., Wilde-Ramsing, J., & Feeney, P. (Junio de 2010). *10 años después: evaluando el aporte de las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales a la conducta empresarial responsable*. Holanda: OCDE Watch.
23. Peña, L. (2014). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones.
24. Quintero, P. (2012). *El contrato de franquicia*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
25. Resolución 40598 de 2014 [Superintendencia de Industria y Comercio]. Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar. Junio 27 de 2014.
26. Rodríguez, C. (2012). Acerca de una posible regulación del contrato de franquicia en Colombia. En *Código de Comercio 40 años*. Bogotá D.C.: Cámara de Comercio de Bogotá.
27. Romero, J. (2010). *Manual de derecho comercial* (Tercera ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
28. Samuco, A. (2013). El contrato de franquicia y los deberes precontractuales en su internacionalización. En M. J. Vaquero y A. Ávila (Dir.); M. González-Orús, F. Miranda y H. Sosa (Coords.), *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial* (Vol. 3, pp. 393-408). Salamanca: Ratio Legis.
29. Superintendencia de Industria y Comercio. (s.f.). Prácticas restrictivas de la competencia. Obtenido de <http://www.sic.gov.co/practicar-restrictivas-de-la-competencia>
30. Tribunal de Arbitramento. (23 de febrero de 2007). *Laudo Punto Celular Ltda v. Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A.*