

**ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL CONTRATO DE  
FRANQUICIA CON MULTINACIONALES DEL SECTOR DE ALIMENTOS**

**LUIS GABRIEL MELO ERAZO**

**DIRECTOR:**

**NICOLAS LOZADA PIMIENTO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO  
BOGOTÁ  
2018**

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Justificación .....	3
1.3. Metodología.....	4
1.3.1. Técnicas de investigación propuestas.....	4
1.3.2. Tipología de investigación propuesta .....	4
1.4. Marco conceptual .....	5
1.4.1. Cláusulas abusivas y buena fe.....	5
1.4.2. Formulación del problema de investigación.....	8
2. CARACTERIZACIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE .....	9
2.1. La posición dominante en el mercado .....	9
2.2. La posición dominante desde la perspectiva de los contratos atípicos .....	11
2.3. Características de la posición dominante en la modalidad de contratos de adhesión .....	14
3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA .....	19
3.1. La posición dominante en el contrato de franquicia como contrato de adhesión .....	19
3.2. Características que identifican la posición dominante en el contrato de franquicia .....	22
3.3. La posición dominante en el contrato de franquicia .....	24
3.4. Análisis de un contrato de franquicia con posición dominante.....	29
4. MECANISMOS PARA MITIGAR LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	31
4.1. Derechos y obligaciones comunes .....	32
4.2. Equilibrio en los contratos de franquicia .....	34
5. CONCLUSIONES.....	37
5.1. RESULTADOS OBTENIDOS.....	37
5.2. RECOMENDACIONES .....	44
5.3. CONCLUSIÓN GENERAL .....	46
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48
APÉNDICE .....	53

## LISTA DE ANEXOS

**Pág.**

Anexo A. Ejemplo de contrato de franquicia con posición dominante. ....53

## RESUMEN

En el presente artículo se presenta un análisis jurídico de las formas en las que se puede presentar la posición dominante en los contratos de franquicia con multinacionales del sector de alimentos; con ese propósito, inicialmente se desarrollan conceptualmente de manera general y básica las cláusulas abusivas y el principio de buena fe, elementos que permiten la formulación precisa del problema de investigación.

A continuación, se desarrolla la caracterización del abuso de posición dominante tanto en el mercado general como en los contratos atípicos y se profundiza en la forma como la posición dominante se manifiesta en los contratos de franquicia, teniendo en cuenta la caracterización en la modalidad de los de adhesión.

El tercer capítulo del trabajo se enfoca de manera concreta en el abuso de la posición dominante en los contratos de franquicia, mientras que el cuarto incluye algunos mecanismos que permiten mitigar dichos abusos. En el capítulo final se sintetizan los resultados del trabajo, se plantean algunas recomendaciones y se formula la conclusión general del trabajo.

**Palabras claves:** contrato de franquicia, posición dominante, sector alimentos, multinacionales.

## ABSTRACT

This article presents a legal analysis of the forms of exercising a dominant position in franchise contracts with multinationals in the food sector; For that purpose, initially, abusive clauses and the principle of good faith are developed conceptually, elements that allow the precise formulation of the research problem.

Next, the characterization of the abuse of dominant position in both the general market and atypical contracts is developed and the typing of the abusive clauses and the way in which the dominant position manifests itself in the franchise contracts are deepened, considering the similarity that these contracts can have with those of adhesion.

The third chapter of the work focuses in a concrete way on the abuse of the dominant position in the franchise contracts, while the fourth includes some mechanisms that allow to mitigate said abuses. In the final chapter the results of the work are synthesized, some recommendations are made and the general conclusion of the work is formulated.

**Keywords:** franchise contract, dominant position, food sector, multinationals.

## 1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se estudia la influencia que puede tener el abuso de la posición dominante en los procesos de negociación de contratos de franquicia con multinacionales del sector gastronómico en Colombia. Con ese propósito se analizarán las características básicas de las cláusulas abusivas en la contratación privada, el deber de informar y los demás mecanismos de prevención que pueden emplearse para evitar que se presente abuso de la posición dominante en los contratos de franquicia.

### 1.1. Antecedentes

De acuerdo con Gual (2016), el modelo de régimen sobre las cláusulas abusivas de la directiva 13 de la Unión Europea fue seguido por varios países de América Latina y tuvo su inspiración en los principios de buena fe como mecanismo de prevención del abuso de la parte fuerte en el negocio contractual. Si bien esos mecanismos de prevención han estado orientados especialmente a los contratos de consumo o tipo B2C, también se han empleado en contratos entre empleados o contratos B2B, especialmente en el contrato de franquicia, así como en los contratos de grandes superficies en materia de distribución.

El objetivo de esos mecanismos de protección se relaciona con el mantenimiento del equilibrio de fuerzas y la reciprocidad que debe predominar entre los suscriptores de contratos que tienen la intención de perdurar en el tiempo. En general, la importancia o la necesidad de esos mecanismos es consecuencia del hecho de que: *“con un contrato celebrado por adhesión de contenido predispuesto por una de las partes a través de un módulo o formulario*

*estándar, elaborado para un uso masivo indeterminado, el poder de negociación tiende a ser nulo para la otra parte” (Gual Acosta, 2016, pág. 119).*

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia (2001) definió las cláusulas abusivas como aquellas que reúnen las siguientes características:

a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes. (Expediente 5670, 2001, pág. 38)

Por su parte, Coaguila, (2013) respecto de estas mismas cláusulas propone cuatro características a saber: “a) *Una desviación del principio de la buena fe contractual.* b) *Una desnaturalización o desequilibrio de la relación contractual.* c) *Un detrimento o perjuicio en contra del adherente al esquema contractual.* d) *Una atribución exorbitante en favor del predisponente del esquema contractual” (Soto Coaguila, Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos, 2013, pág. 69).*

Logra observarse que esas características pueden cumplirse en algunos contratos de franquicia, dependiendo obviamente y de manera especial, de la forma en que se lleve a cabo el proceso previo a la suscripción del contrato.

El riesgo que asume un franquiciado puede verse agravado en los casos en que el franquiciador no le presenta dentro del proceso de negociación la información suficiente para evaluar la experiencia de otros franquiciados. De Carlucci (2016), dentro de la obligación de informar deben hacerse algunas distinciones, pues en primer lugar está la obligación de informar *stricto sensu*, neutra, que no incita a actuar de una determinada manera; la segunda es la es

el deber de consejo, cuyo propósito es el de orientar la decisión del cliente. Y la tercera es la llamada *mise en garde*, que corresponde la advertencia de un peligro, material o jurídico, como sucede en las denominadas cláusulas insólitas o sorpresivas que suelen hacer parte de las condiciones generales de un contrato predispuesto y por adhesión.

## **1.2. Justificación**

En los contratos de franquicia con multinacionales del sector de alimentos, el franquiciador es una empresa con conocimiento del mercado y de los diferentes aspectos del negocio y que accede a transferir ese conocimiento a una persona natural o jurídica que en contraprestación paga unos derechos de cesión y cede periódicamente una parte de sus utilidades.

Desde el mismo momento en que se origina el proceso de negociación entre las partes se presenta una situación de asimetría tanto en la información como en la capacidad de negociación, dado que el franquiciador actúa como una parte fuerte que conoce o tiene mayor acceso a la información relacionada con el negocio, y que tiene mayor capacidad económica. Ambos aspectos colocan a la parte débil, el franquiciado, en una situación de susceptibilidad y/o mayor exposición al riesgo de ser objeto de abuso de esa posición dominante de la que goza su contraparte.

Sin embargo, no necesariamente la existencia de esas dos partes, una fuerte y una débil, conduce a que se presente abuso de la posición de la primera sobre la segunda, dado que se pueden negociar mecanismos preventivos que atenúen ese riesgo.

En Colombia el contrato de franquicia no se encuentra tipificado, por lo cual el presente trabajo busca contribuir a mitigar ese riesgo mediante el planteamiento de esos mecanismos preventivos.

### **1.3. Metodología**

#### **1.3.1. Técnicas de investigación propuestas**

Para dar respuesta al interrogante arriba formulado, en primer lugar, se buscará caracterizar el abuso de la posición dominante, para luego estudiar su presencia en los contratos de franquicia con multinacionales del sector de alimentos; esta segunda fase se hará a través del análisis básico de las cláusulas abusivas que se pueden presentar en estos contratos.

#### **1.3.2. Tipología de investigación propuesta**

La investigación se debe abordar mediante la metodología cualitativa y empleando la técnica de análisis de contenido, con alcance exploratorio. Se acude a este método debido a que no se busca demostrar una determinada hipótesis de estudio con base en estudios numéricos o estadísticos, sino mediante el conocimiento profundo de las cualidades del fenómeno objeto de estudio (Hernández Sampieri, 2010). Así mismo, se clasifica como exploratoria porque su desarrollo implica la exploración de estudios de carácter jurídico, es decir, constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal sobre el contrato de franquicia y los elementos característicos del abuso de la posición dominante.

## **1.4. Marco conceptual**

### **1.4.1. Cláusulas abusivas y buena fe**

De acuerdo con Frith, Préfontaine y Scott (2016) una cláusula abusiva en un contrato de franquicia se define como una cláusula que es excesiva e irrazonablemente perjudicial para la parte adherente y, por lo tanto, es contraria a los requisitos de buena fe; en particular, una cláusula que se aparta de las obligaciones fundamentales derivadas de las normas que rigen normalmente el contrato, que cambia la naturaleza del contrato. No se considerará que una cláusula sea abusiva simplemente porque sea desventajosa para una de las partes. La desventaja debe ser tan excesiva como irrazonable y se aparta fundamentalmente de las prácticas contractuales socialmente aceptables.

Resulta complejo establecer con precisión lo que se considera abusivo, dado que su propia definición implica una subjetividad, debido a que incluye adjetivos como excesivo e irrazonable, lo que conduce a que los jueces y la misma jurisprudencia puedan emplear escalas de valoración que no siempre concuerdan y que inclusive pueden variar en el tiempo. Frith, Préfontaine y Scott (2016) en su publicación sobre cuestiones legales claves en los negocios de franquicias en Canadá, señalan como ejemplo de una cláusula abusiva el caso del Tribunal Superior de Quebec que consideró que una cesión colateral de arrendamiento era abusiva porque dicho arrendamiento establecía que el inmueble sería asignado al franquiciador si el franquiciado incumplía cualquiera de sus obligaciones bajo el contrato de arrendamiento, el acuerdo de franquicia o cualquier otro acuerdo que garantizara el acuerdo de franquicia.

En otros casos, los jueces encontraron que una cláusula penal era abusiva porque el monto de la sanción era excesivo cuando se consideraba frente a las regalías pagaderas en virtud del acuerdo, o porque se aplicaba la misma pena independientemente de la naturaleza de la infracción.

Por esa razón, una forma para establecer si una cláusula es excesiva consiste en definir si la misma se determina en función de una prueba objetiva o subjetiva. Una cláusula es objetivamente excesiva cuando las obligaciones resultantes son prácticamente imposibles de cumplir, como un programa de desarrollo demasiado agresivo para un franquiciado múltiple o principal, o completamente desproporcionada a la luz de las obligaciones correspondientes de la otra parte. (Orellana, 2015)

Y es subjetivamente excesiva cuando se tienen en cuenta las dificultades derivadas de las circunstancias particulares de la parte adherente. Por ejemplo, la obligación del franquiciado de pagar regalías elevadas puede no ser objetivamente excesiva a la luz de las obligaciones correspondientes del franquiciador. Sin embargo, un franquiciado que tiene muy poca experiencia comercial puede haber abierto una tienda franquiciada en un mercado particularmente difícil y poco rentable. En esta situación, la obligación de pagar altas regalías, incluso cuando el franquiciado opera con pérdidas, puede considerarse subjetivamente excesiva, y la cláusula en cuestión puede ser abusiva. (Rodríguez Alfaro, 2013)

Los contratos de franquicia se caracterizan por una desigualdad en el poder de negociación, donde una parte más fuerte puede aprovecharse de la parte más débil. De esta manera, las estipulaciones esenciales suelen ser impuestas o elaboradas por una de las partes, en su nombre o según sus instrucciones, y no son negociables (Corredor Amaya, 2016). El término estipulaciones esenciales se refiere a los términos materiales del contrato (González Y. , 2017) y el abuso se presenta cuando la parte contratante más débil no tiene la oportunidad de negociar determinados términos materiales.

En el derecho anglo-canadiense se ha apoyado de forma ocasional el concepto de "abuso" como límite a los derechos contractuales (Frith, Préfontaine,

& Scott, 2016). En el derecho privado existe vigilancia de la ley que, aunque permite la libertad de contrato, vela porque no se abuse de ella (Pereira Fredes, 2017). El profesor Ernest Weinrib (2014) ha defendido el concepto de "abuso de derechos" como límite al ejercicio de los recursos contractuales.

Por otra parte, se presenta dificultad conceptual para importar el concepto de abuso de derechos en el derecho contractual, en el sentido de que un derecho que no se puede ejercer en determinadas circunstancias es algo menos que un derecho en el sentido habitual. La búsqueda de la precisión parecería requerir una redefinición del derecho en sí misma, en lugar de un poder judicial general que en un momento parece hacer que la aplicación de todos los derechos sea discrecional.

Podría decirse que una persona tiene derecho a hacer cumplir sus derechos contractuales de manera razonable, y que un tribunal no debe apoyar un intento de hacerlos cumplir de manera irrazonable. Sin embargo, de acuerdo con Torres, (2015), esa formulación puede resultar imprecisa, en la medida en que crea incertidumbre al momento de definir si es razonable o equitativo permitir que una parte haga valer sus plenos derechos bajo un contrato.

Aquí entra también en juego la buena fe, concepto que se ha utilizado en diferentes sentidos para abordar varias cuestiones distintas en el derecho contractual. Estas preguntas incluyen, entre otras: si las negociaciones precontractuales pueden interrumpirse; si los hechos materiales conocidos por una de las partes deben ser revelados a la otra en negociaciones precontractuales; si los contratos son exigibles si son inducidos por tergiversación o error; si y en qué medida los jueces deben implicar términos en los contratos; si los términos que son muy injustos pueden ser aplicados; si el incumplimiento de una parte excusa a la otra; si las violaciones deliberadas del contrato justifican

daños punitivos; y si el ejercicio de los derechos contractuales puede verse restringido o excluido en algunas circunstancias. (Facco, 2018)

El concepto de buena fe, tal como se aplica a estos diversos problemas, necesariamente varía sustancialmente en significado e importancia, y por esa razón no es posible asignar un único significado al concepto, ni es plausible llamar "principio de buena fe", cuando es aplicado a preguntas tan dispares. De hecho, sería posible concebir todo el derecho contractual como la encarnación de la idea de buena fe. (Seguel Acevedo, 2017)

#### **1.4.2. Formulación del problema de investigación**

Los conceptos desarrollados hasta este punto muestran que, dentro de los contratos de naturaleza privada, el contrato de franquicia involucra condiciones particulares que permiten su diferenciación y al mismo tiempo hacen complejo su análisis jurídico.

Dado que en Colombia este tipo de contrato no está tipificado y teniendo en cuenta que su proceso de negociación presenta un alto riesgo de que se establezcan cláusulas abusivas y que al mismo tiempo su ejecución está sujeta a la aplicación del principio de buena fe contractual, el presente trabajo busca estudiar estos contratos para dar respuesta al problema de investigación que se deriva de los conceptos previamente considerados y que se resume en los siguientes términos: ¿de qué forma se puede identificar el abuso de la posición dominante en el contrato de franquicia con multinacionales del sector alimentos?

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

### 2.1. La posición dominante en el mercado

Dado que en este trabajo se hace constante referencia al abuso de la posición dominante, resulta pertinente precisar que existe una modalidad de abuso a la posición dominante que es distinta a la que se estudia en este documento; para los efectos del contrato de franquicia, lo que se analiza es abuso que puede llegar a cometer el franquiciador por medio de cláusulas impuestas de manera abusiva al franquiciado.

Por otra parte, El artículo 45, inciso 5, del Decreto 2153 (1992) en su momento definió la posición dominante, en los siguientes términos: “Posición Dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Más tarde en el Decreto 2058 de 2004 la definición empleada fue la de *“un mercado compuesto por un servicio o grupo de servicios, en un área geográfica específica, que pueden percibirse como sustituibles entre sí, y que, de existir un monopolista hipotético, este podría incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa de manera permanente y de forma rentable”*. Resulta igualmente útil la definición propuesta por Bellamy y Child en los siguientes términos:

Una posición de fuerza económica que goza una empresa y que posibilita impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante, facultándole para comportarse de una manera apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en último término de los consumidores. (Bellamy, 1992, pág. 71)

Ahora bien, dos o más productos pertenecen al mismo mercado relevante cuando existe una posibilidad real tanto para los productores (o prestadores de

servicios) como para los consumidores, de sustituir los bienes o servicios o de remplazar la posición del agente productor en el mercado, en tal grado que limite de forma eficaz el poder del monopolio (Díez Estella, 2012). Tanto a partir de esta como de las demás definiciones citadas se deduce que el mercado relevante no es un concepto abstracto o general y en cambio es concreto y específico para cada producto y para cada área geográfica. Así mismo se aprecia que el concepto de mercado relevante tiene estrecha relación con el derecho a la competencia.

De acuerdo con esas definiciones, esta acepción del abuso de la posición dominante hace referencia al hecho de que una organización empresarial logre una participación de mercado tal, que pueda llegar a abusar de la misma imponiendo condiciones abusivas a sus clientes, debido a la ausencia de una competencia capaz de ofrecer condiciones distintas. Se trata de una práctica que está prohibida a nivel internacional; en efecto, de acuerdo con Arosemena:

Los dos grandes pilares del derecho comunitario de competencia aplicable a las empresas privadas son los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE). El artículo 81 prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado. El artículo 82 prohíbe el abuso de una posición dominante (Arosemena Romero, 2005, pág. 278)

Puede notarse que esta modalidad de abuso de la posición dominante no se refiere a que la parte dominante (el franquiciador) establezca condiciones abusivas sobre la otra (el franquiciado), sino a que el productor o distribuidor establezca condiciones abusivas o manipuladoras del mercado. Si bien ambas modalidades de abuso de la posición dominante resultan contrarias a la ley, son diferentes.

Sin embargo, el contrato de franquicia también podría emplearse para que un fabricante o distribuidor abusara del mercado en el caso de alcanzar una

participación de mercado suficiente como para imponer condiciones de precio o calidad abusivas; no obstante, esa situación es diferente a la que se estudia en el presente trabajo, que se refiere exclusivamente a aquello que sucede o puede suceder entre el franquiciador y el franquiciado independientemente de lo que suceda a nivel general en el mercado del producto o servicio que se comercializa en ejecución del contrato suscrito entre las partes.

## **2.2. La posición dominante desde la perspectiva de los contratos atípicos**

De acuerdo con Ospina y Ospina (2015) el orden de prelación normativa en los contratos atípicos debe ser el siguiente:

1) las leyes imperativas; 2) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 3) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4) las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5) la doctrina constitucional y los principios generales del derecho. (2015, pág. 51)

Frente a esta misma prelación, Arrubla había planteado un concepto diferente, pues consideró que, en tratándose de contratos mercantiles, ese orden de prioridades necesariamente debe contemplar lo establecido por el Código de Comercio, por lo que el orden, en su opinión, debería ser el siguiente:

1) las disposiciones contractuales; 2) las normas generales de los contratos y obligaciones; 3) la analogía de la ley mercantil; 4) la costumbre mercantil; 5) los tratados o convenciones internacionales no ratificados por Colombia; 6) la costumbre internacional; 7) los principios generales del derecho comercial; y 8) la analogía general. (Arrubla Paucar, 2002, pág. 37)

Puede notarse que la propuesta de Arrubla no solamente es más extensa, sino que además incluye elementos internacionales, como los no ratificados por Colombia y la costumbre internacional.

Yendo precisamente al Código de Comercio (1971), su artículo cuarto establece que las estipulaciones de los contratos celebrados de manera válida preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles. Así mismo, el artículo 1602 del Código Civil (Ley 57, 1887) establece que todo contrato celebrado de manera legal constituye una ley para las partes contratantes, además de que solamente puede ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales. En este punto adquiere importancia establecer si las cláusulas abusivas pueden llegar a constituirse en causas que puedan alegarse como desconocimiento de la legislación, de manera que, con base en ese argumento, se pueda requerir la invalidación de un contrato.

No obstante, Ospina y Ospina (2015) al respecto agregan que un acto jurídico se puede invalidar cuando adolece de un vicio que afecte su viabilidad; adicionalmente, plantean los requisitos de validez que debe reunir un contrato o un acto jurídico válido, como son la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad, la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad de realidad y la licitud de causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley.

En esta enumeración pueden destacarse algunas características que podrían considerarse asociadas al abuso de la posición dominante, como los vicios de la voluntad y la lesión enorme.

Además de lo anterior, el Código de Comercio (1971) incluye algunas disposiciones de carácter imperativo aplicables al contrato en general, como son las relativas a los plazos (artículo 829), cláusula penal (artículo 867), y el régimen de ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad de los negocios jurídicos

(artículos 897 a 904). Resulta natural plantear que tampoco en esos elementos del contrato deben existir manifestaciones de abuso, so pena de que el acuerdo entre las partes pueda ser demandado. Así mismo, el Código de Comercio en Colombia también establece como disposiciones imperativas aplicables al contrato por tratarse de principios de carácter general, como son el abuso del derecho (artículo 830) y la buena fe contractual (artículo 871).

En este escenario, y frente a la posición dominante en los contratos atípicos, podemos traer a colación las cláusulas abusivas, que conllevan unas particularidades de tipo formal y material, que influirán en el estudio jurisdiccional, a causa de que requerirán una comprobación, aquellas estipulaciones que conlleven las particularidades que a continuación se mencionan.

- Que hayan sido preparadas únicamente por una parte (Expediente 5670, 2001), lo que significa que no se pudieron concertar, y que se requirió que fueran implantadas por parte del predisponente al adherente sin que éste último pudiese refutar su inclusión dentro del contrato (Echeverri Salazar, 2011)
- Asimetría exagerada y arbitraria entre los derechos y compromisos de las partes, que tiene que ver con la asimetría normativa, es decir, una disparidad entre derechos y obligaciones de las partes (Acosta Rodríguez & Jiménez Valderrama, 2015, pág. 28). Lo que puede provocar un daño al equilibrio económico basado en la norma de correspondencia de las obligaciones y no por ejemplo al de negociación. La descomposición del equilibrio contractual acarrea un juicio trascendental, debido a que dicha inequidad debe medirse de acuerdo con el contrato analizado en su totalidad, lo que quiere decir, que si una cláusula que inicialmente puede ser vejatoria –que empeora la situación del adherente- (Soto Coaguila, Transformación del derecho de contratos, 2005), puede no serlo, si de la interpretación metódica del contrato se concluye que mantiene la

estabilidad de las cargas (Suescún de Roa, 2009). Es decir, el enorme costo de una prestación se calcula equiparándola con la contraprestación de la otra parte. (Gutiérrez de Larrauri, 2010).

- Quebrantamiento del principio de la buena fe: se presenta al percatarse que la intervención de las partes no goza de honorabilidad, rectitud y cuidado, que para este caso determinado, será la incorporación de una estipulación que acarrea una inestabilidad normativa infundada, el cual hace referencia primordialmente a lo establecido en los artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio (Zapata Flórez, y otros, 2016).

### **2.3. Características de la posición dominante en la modalidad de contratos de adhesión**

En los contratos se puede presentar una inestabilidad contractual que consiste en una exagerada y arbitraria desventaja económica para una de las partes, como provecho de la otra parte, en el instante de la solemnización del contrato o al momento de su realización.

Las transacciones jurídicas, admiten que las prestaciones se lleven a cabo de acuerdo con la clase de contrato o negocio jurídico que se solemnice y con fundamento a lo dispuesto por la ley. Aunque todo el proceso jurídico ha acarreado que el vínculo de interdependencia entre las partes se presente para unos en mejores condiciones que para otros.

Hay múltiples causas que generan la transformación de las estipulaciones contractuales tales como la inestabilidad o asimetría contractual. A este desequilibrio o inestabilidad contractual se le asignan comportamientos que llevan a producir un beneficio superior para una de las partes en detrimento de la otra. Por tal motivo, en ciertas clases de contratos se demuestra una mayor

inestabilidad como sucede en la modalidad de los contratos de adhesión, a causa de que, en este tipo de contratos, es una de las partes quien prepara y organiza todas las estipulaciones del contrato. A raíz de ello, se deben incorporar y contar con ciertos privilegios que mejoren la posición de cada una de las partes buscando que el vínculo contractual sea simétrico. Con relación a este aspecto La Corte Suprema de Justicia (Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01, 2009) señaló lo que se menciona a continuación.

Igualmente, como los contratos de adhesión presuponen un alto grado de confianza del adherente en la estipulación que se le ofrece, la cual ha de estar precedida por el cabal cumplimiento de los deberes de corrección, lealtad y, especialmente, de claridad que pesan sobre el proponente, es atinado colegir que el alcance que corresponde a las cláusulas predispuestas es el que de manera razonada le hubiere atribuido el adherente promedio. Esto es, que, siguiendo los mandatos de la buena fe, la estipulación deberá ser entendida desde el punto de vista del destinatario, como lo harían las personas honestas y razonables. (Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01, 2009)

De igual manera lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia, (Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01, 2011), bajo la consideración jurídica No. 3, en la modalidad del contrato de adhesión, la posición dominante se manifiesta con la presencia de lo que se enuncia a continuación.

Cláusulas abusivas, es decir, de todas aquellas que, aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, lealtad, probidad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, que pueden ser económico o jurídico dependiendo de los derechos y obligaciones contraídas. (Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01, 2011)

De igual manera, dentro de la misma sentencia citada anteriormente en su consideración jurídica No. 3, menciona lo que se manifiesta a continuación, con

relación a los diferentes apelativos que reciben las estipulaciones que desproporcionan un contrato.

Cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disímiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o trascendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio “significativo”(…) (Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01, 2011, pág. Consideración jurídica N° 3).

También, en los convenios de consumo se ha demostrado que el consumidor posee obstáculos, razón por la cual en el artículo 78 de la Constitución Política (1991), se deseó prever la falta de equivalencia en las condiciones y la inestabilidad económica entre los actores del mercado. Por lo tanto, la Corte Constitucional bajo la Sentencia C-909 Consideración Jurídica No. 6 (2009) manifestó lo que se señala a continuación.

Como lo ha resaltado la Corte en decisiones anteriores, el tratamiento de los derechos de los consumidores y usuarios tuvo un cambio significativo a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991. En el período preconstitucional (sic), la relación entre los sujetos que concurren al circuito comercial de distribución de bienes y servicios (productores, comercializadores y consumidores) estaba basada en las reglas propias del liberalismo económico. (Sentencia C-909-12 Ex. D-9075, 2009, pág. Consideración jurídica N° 6).

Al interior de los convenios de consumo se pueden detectar dos causas que acarrear la asimetría contractual, de acuerdo con lo que señala Granados (2011) a continuación.

Dos han sido los principales factores que han mediado para la presencia de esa debilidad estructural en el mercado entre consumidores y profesionales. El primero de ellos, el desequilibrio informativo, y el segundo, la facultad del empresario para predisponer unilateralmente el contenido del contrato (Granados Aristizábal, 2011).

También, dentro de la Corte Suprema de Justicia bajo el Exp 25899 3193 992 1999 00629 01 (2009), existen herramientas que buscan fomentar una mayor equivalencia entre los vínculos de los consumidores, para buscar brindarle al consumidor un amparo reglamentario particular, evitando un estado de inseguridad.

Desde esa perspectiva, la relación de consumo constituye una particular categoría que surge entre quienes se dedican profesionalmente a elaborar o proveer bienes o prestar servicios con quien los adquiere con el fin de consumirlos; y es precisamente el consumidor, quien, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa; por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido (Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01, 2009, pág. Consideración Jurídica N° 1).

Igualmente, los contratos solemnizados con entidades financieras, por conformar contratos de la modalidad de adhesión producen inestabilidad, concediéndole una posición dominante a la entidad bancaria. Esta hipótesis ha sido confirmada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, señalando que este impacto es a raíz de que la parte se encarga de establecer las formalidades, las estipulaciones de los créditos, los

métodos de amortización, las tasas de interés, y demás, son cabalmente los bancos.

De tal forma, y según Soto, M. (2015) Después de observar los contratos donde más se conforma la inestabilidad o desequilibrio contractual, se comprende que éste se produce cuando la equiparación de las prestaciones se transforma.

Los casos de desequilibrio contractual se presentan por el incumplimiento de determinados privilegios que son la base de la naturaleza de los negocios jurídicos, como son la transgresión y riesgo de principios como son la buena fe.

### **3. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

#### **3.1. La posición dominante en el contrato de franquicia como contrato de adhesión**

La modalidad de los contratos de adhesión surgen ante el acentuado incremento de la población y de sus requerimientos, junto con el incremento en la generación de bienes y servicios, lo que ha traído un aumento en el tráfico económico, aspecto que requiere de que surja un nuevo método de contratación que facilite de una forma pronta y apropiada certificar el disfrute de los requerimientos que exige una economía de mercado, pero que a su vez facilite la minimización de los costos de intercambio en la asignación de los bienes y la prestación de los servicios, esta contratación en masa se manifiesta por medio de los contratos de adhesión lo que reconoce que los vínculos entre las partes intervinientes no se constituyen sobre la base de la igualdad, ya que una de las partes, puede, de forma anticipada acondicionar las cláusulas bajo las cuales debe regirse el contrato, perjudicando así el equilibrio contractual.

Dentro de este tipo de contratación se transforma en el medio adecuado para el abuso, debido a que la parte dominante se inclina a aprovecharse de su postura, e inscribir cláusulas beneficiosas únicamente para ella y que desfavorecen a la contraparte, permitiendo que existan por ende cláusulas abusivas dentro de este tipo de contratación. Dichas estipulaciones son preceptos contractuales que poseen la esencia de exageradas (Soto Coaguila, Transformación del derecho de contratos, 2005) que las convierte en cláusulas de particular interés por parte de las normas jurídicas de la actualidad.

En términos generales, las cláusulas abusivas son disposiciones antijurídicas que no se conmueven con el mandato jurídico por suponer un incumplimiento del principio de la buena fe y de la equidad con relación a los

contratos, ignorando de esta forma la función económica y social del contrato (Prada Otero, 2010), al conceder al contratante un provecho arbitrario a cambio de una desventaja improcedente para el adherente.

Así como en la modalidad de contratos de adhesión existen cláusulas abusivas, dentro del contrato de franquicia también se pueden presentar, que son aquellas cláusulas que ayudan a evitar prácticas comerciales desleales y son las que se señalan a continuación.

- Estipulaciones de no competencia: Según (Romero J. , 2001) *“El franquiciante tiene interés en que se introduzcan en el contrato cláusulas de no competencia, las cuales significan que el franquiciado no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia ni por un período posterior a su finalización”*. Sin embargo, este tipo de estipulaciones se instauran por un período de tiempo fijo, y traen como efecto lo que se menciona a continuación.

El franquiciado se abstendrá de abrir otras operaciones dentro o fuera del territorio, para ejercer el objeto de la franquicia comercial durante la vigencia del contrato directa o indirectamente, incluso por interpuesta persona física o jurídica. Así mismo se abstendrá de ejercer el comercio durante un período después de finalizada la relación contractual donde haya realizado la explotación de la franquicia comercial. Tal limitante parece contraria al principio de libertad económica (Fuentes Díaz & Jiménez Mantilla, 2000).

Sobre este aspecto se puede amparar la utilización de esta cláusula debido a que se debe estimar la capacidad que posee el franquiciante e igualmente, sus atributos intelectuales en la utilización de información y tácticas que son de dominio del otorgante, sin embargo, entre tanto el franquiciado no se adueñe del *know how* transferido y no atente contra la propiedad intelectual,

utilizando sus propias tácticas, es factible que se le pueda permitir desarrollar la franquicia.

- Estipulaciones de exclusividad: Son aquellas estipulaciones que implantan compromisos concernientes a compras mínimas que debe efectuar el franquiciado al franquiciante, como estipula Romero Pérez: *“Es común que se pacten restricciones a las compras de bienes y servicios que pueda hacer el franquiciado, como también que este se comprometa a adquirir una cantidad mínima de productos”* (Romero J. , 2001, pág. 193)

Las cláusulas de exclusividad no son inherentes a muchos sistemas de contratación; como se pretende de la simple lectura de un contrato en particular. El establecimiento de estas cláusulas son una clara afectación al principio de libertad económica, debido a que en muchos casos la exclusividad pretende la consolidación por esta vía de prácticas monopolísticas contrarias incluso al ordenamiento jurídico interno (Fuentes Díaz & Jiménez Mantilla, 2000).

- Estipulaciones que restringen o libran de responsabilidad: Estas estipulaciones, a menos que se trate de responsabilidad por incumplimiento contractual como cargo en daño del franquiciado, indiscutiblemente se debe comprometer al consumidor final, lo que significa, que el otorgante, habitualmente no se va a responsabilizar por los perjuicios que le ocurran al cliente, diferente a como se necesitaría que sucediera en cualquier vínculo de consumo donde prevalece la responsabilidad solidaria, lo que quiere decir, que tanto el otorgante y el tomador de la franquicia son responsables en las mismas proporciones sin tener en cuenta los principios de dolo y culpa.

Una diferencia con relación a este tipo de estipulaciones, son aquellas donde sí se tienen en cuenta la responsabilidad frente al consumidor final, pero exigiéndole al franquiciado a obtener por su propia cuenta una póliza de seguros.

Este tipo de cláusulas son de utilización y hábitos del derecho comercial, son muy adoptadas por los empresarios y expertos (franquiciante y franquiciados), tomándolas como estipulaciones casi implícitas y son relacionadas generalmente como material indispensable del contrato de franquicia. (Segura Ulate, 2014)

### **3.2. Características que identifican la posición dominante en el contrato de franquicia**

Dentro de otras características que poseen los contratos de franquicia fuera de las ya expuestas con anterioridad, y por referirse a contratos de traspaso de tecnología, se encuentran sometidos a la ejecución de un número de requisitos específicos. En determinadas circunstancias se exige su formulación de manera escrita, sin perjudicar el hecho de que son contratos de adhesión donde se usan formatos que llanamente deben ser firmados por sus adherentes.

Estos contratos son complejos debido a que son el resultado de la unión de múltiples negociales, donde con base en un origen particular y común, las diversas prestaciones que surgen de las clases negociales fundamentadas, se encuentran interna y orgánicamente unidas y previamente organizadas para el resguardo de un propósito negocial que es su destino final (López Cardinalli, 1997). Por lo tanto, el contrato de franquicia es un contrato compuesto instaurado por la unión de prestaciones que han sido apropiados de contratos de distinta esencia.

Otra de las características que posee el contrato de franquicia es que es un contrato de colaboración empresarial donde ambas partes se benefician dentro de la red de la franquicia, donde la mayor parte de la doctrina posiciona a este tipo de contratos dentro de la categoría de los contratos de colaboración,

donde una parte efectúa una labor en simultaneidad con la otra parte, aunque de manera separada (Messineo, 1948)

El doctrinante Kemelmajer (1992) enuncia que la colaboración surge de la corresponsabilidad entre las partes, que poseen frente al consumidor con el fin de otorgarle los beneficios, evitando que salga perjudicado, debido a que la oferta del bien o servicio dentro del mercado, contribuyen a la complacencia del consumidor o usuario.

De igual forma, es un contrato de empresa donde se requiere la tutela de la entidad contratante débil, de acuerdo con las circunstancias de cada parte que forma parte en este tipo de contrato, por lo tanto, se puede realizar una diferencia entre contratos que se efectúan entre particulares, contratos de consumo, contratos de empresa y contratos donde hay interferencia por parte el Estado, clasificación que se halla expuesta por Mezzasoma (2014), dándole principal importancia a los contratos ejecutados por empresas entre empresarios, que en algunas situaciones se llevan a cabo entre contratantes que poseen una ubicación distinta dentro del vínculo contractual.

Para la clase de contratos entre particulares, es decir entre iguales, están dirigidos por las reglas generales establecidas en los códigos y las normas complementarias de esta clase. Dentro de la clase de contratos de consumo, bajo los cuales la cobertura para el amparo del contratante débil –consumidor- frente al contratante fuerte –profesional- podría lograrse modificando para el mismo, de cierta forma, las propias normas del contrato, tanto en lo que concierne a los compromisos precontractuales y contractuales de declaraciones, por ejemplo, restringirían el principio general de la autonomía de la voluntad, o cuando se haya perfeccionado el contrato, o la confirmación del derecho de desistimiento, que restringiría, de igual forma el mismo convenio y la norma contraída de que lo convenido es ley entre los contratantes.

### **3.3. La posición dominante en el contrato de franquicia**

Modificando el principio de libertad de forma, por el requerimiento de que el contrato se pacte indiscutiblemente por escrito, buscando con esto darle mayor garantía de amparo, o también, otorgándole mayores herramientas al juez para la interpretación e incluso de integración del contrato, concediéndole la licencia para practicar un control real que le permita determinar si existe desequilibrio que pueda generar efectos jurídicos e inconvenientes para el consumidor, abuso de derecho o cláusulas abusivas que pueden ser evidenciadas como tales, y por lo tanto, como no estipuladas dentro del contrato (nulas), para lo cual, los ordenamientos jurídicos han creado normas de protección y tutelares que conforman el denominado Derecho de los Consumidores.

Para los contratos que se celebran entre empresas exigen una tutela del profesional débil frente al profesional fuerte. Dentro de los contratos de consumo se hablaba de un contratante, el consumidor, débil jurídicamente, dentro de este contrato, se habla de un contratante -aquel que está conformado por un profesional empresario fuerte- pero débil económicamente. La desigualdad en la etapa de creación de los contratos de consumo, tiene relación con la desigualdad en la etapa de realización de los contratos de empresa. Este juicio posibilita incluir a los contratos de franquicia dentro de los contratos de distribución. (Mezzasoma, 2014) (Pérez Serrabona, 2014).

Para la realización de los contratos de franquicia en la colectividad andina, es habitual en todos los estados que lo conforman, actuar de buena fe entre las partes que lo llevan a cabo exigiéndole a cada una de ellas perseverar para llevar a cabo las perspectivas de la otra parte en base al vínculo contractual y complacer las partes acreedoras de la prestación. También se debe destacar que el contrato de franquicia se caracteriza en la modalidad de un contrato de

adhesión, para el cual se consigue la prosperidad del mismo. Con base en la constitución de redes de franquiciados con el fin de lograr beneficios como es el caso de economías de escala y posicionamiento de marca. Cuando se va a llevar a cabo el acuerdo entre las partes se utiliza un formato base que posee estipulaciones predispuestas, las cuales el franquiciado no puede pactar, sino que se debe adaptar dentro del contrato, sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia del 27 de octubre de 1993 señaló:

“...en definitiva el contratante débil resulta vinculado sólo por la aceptación que otorga, pudiéndolo también rechazar, en los contratos de adhesión si tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos (contratos especiales, quizá y por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contrato al fin, “porque el individuo conserva la voluntad de no contratar; si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión: es el efecto del contrato” (Sala de casación civil 08 de mayo de 1974) Y sobre dicha base han estimado los doctrinantes perteneciente a este segundo grupo que los contratos de adhesión constituyen un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de algunos principios clásicos en la interpretación de los contratos jurídicos entre ellos consignados en el art. 1618 del Código Civil...” (González R. , 2010, pág. 40)

Dentro de este desequilibrio contractual se puede distinguir la posición dominante, que es aquella posición que tiene una de las partes del vínculo contractual, donde se transgrede la libertad de competencia, ya que la entidad que cuenta con la posición dominante, es la que posee el dominio del mercado en la oferta y demanda de alguna clase de producto. El cual surge, por la implantación de precios, productos y servicios que generan un daño arbitrario para la contraparte, colocando a la otra parte en una postura perjudicial con relación a la solemnización del contrato, contratos que se deben solemnizar

debido a que no existe otra alternativa. Se presenta con más frecuencia en entidades que poseen todo el dominio comercial. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia en el Exp. 11001 3103 014 1995 02015 01 (2013) donde se hace referencia a la posición dominante

Es un acto prohibido por lo cual la legislación colombiana trae varias normas donde regula la competencia y la posición dominante que debe ser radicada en las relaciones negociales, entendida la posición dominante como se dijo precedentemente y la competencia como la disputa o contienda entre dos o más personas, o la situación de empresas que rivalizan en un mercado cuando ofrecen o demandan un mismo producto o servicio (Exp. 11001 3103 014 1995 02015 01, 2013, pág. Consideración Jurídica N° 3)

La competencia puede pasar a ser una competencia desleal, pero igualmente, en lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en el Exp. 11001 3103 014 1995 02015 01 (2013), existe hoy en día una normativización para amparar a los comerciantes.

Se encuentran dirigidas a preservar el buen funcionamiento del mercado, la defensa de los consumidores, así como los intereses de empresarios que allí intervienen, y con ellas se pretende que no se traspasen los límites a la competencia fijados por las buenas conductas comerciales, la buena fe mercantil, en general, la lealtad entre comerciantes que se disputan la clientela. En contraste, las que regulan las prácticas comerciales restrictivas persiguen una finalidad colectiva, de protección del libre mercado, que incluye también y principalmente a los consumidores, y apuntan a evitar actos encaminados a restringir la libre competencia económica (de ahí su nombre) o a disminuir la oferta de bienes o servicios.

Los comerciantes afectados por actos de competencia desleal pueden solicitar que se ordene al infractor que se abstenga de continuar con la

realización de tal clase de actos, y en caso de presentarse, reclamar de él el pago de la indemnización de los perjuicios que se hubieren causado.

Para que se configure un acto de competencia desleal, deben reunirse los siguientes requisitos: i) que se trate de un acto realizado en el mercado; ii) que ese acto se lleve a cabo con fines concurrenciales, esto es, que resulte idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero; y iii) que corresponda a las conductas expresamente prohibidas por el ordenamiento, sea de manera general o específica (Exp. 11001 3103 014 1995 02015 01, 2013).

Dentro de las normas de la legislación en Colombia que reglamentan los convenios comerciales, se encuentran las que se señalan a continuación.

- Ley 155 de 1959, arts. 1, 2, 8 y otras normas concordantes
- Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 1, 13, 333 y 334.
- Decreto 2153 de 1992, arts. 45 y 50
- Ley 142 de 1994, arts. 13, 14, 34 y 98
- Ley 143 de 1994, arts. 3 y 43
- Ley 1328 de 2009
- Ley 1340 de 2009: Con este principio, el Estado busca amparar a la parte del contrato que posee desventaja con relación a esta clase de situación, también busca otorgar unos patrones para la autonomía en la competencia que es la base de la práctica sana del progreso del mercado.

Igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia T-837 (2011) señala a continuación, cómo, basados en la Constitución Política se reglamenta este tema.

El mandato contenido en el artículo 13 de la Constitución Política, imperativo para el juzgador, como parte del Estado, lo obliga no sólo a proteger a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, en las relaciones contractuales como ocurre con los consumidores de las empresas proveedoras de bienes y servicios, las cuales ejercen una posición dominante, sino a sancionar los abusos contra dichas personas.

Igualmente, de los cánones 47 numeral 7 y 50 numeral 3 del Decreto 2153 de 1992, que establecen simultáneamente como acuerdos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante “los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio”, pero restringido al cumplimiento de las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas mercantiles restrictivas (Sentencia T-837, 2011, pág. Consideración Jurídica N° 5.3)

La desigualdad producida por la posición dominante posee un rol trascendental dentro de los contratos con los consumidores, porque es dentro de estos contratos que la legislación del país está enfocada, y fue donde la legislación europea dirigió sus fuerzas para poder disputarla, pudiendo observar que no era ese solo el dilema, sino que fuera de los consumidores que son los destinatarios de los productos y servicios, también los empresarios ejecutaban posiciones dominantes con relación a otras empresas que estaban subordinadas a otras empresas de forma funcional.

La legislación de Colombia posee mayor interés por solucionar lo relacionado con los consumidores, de esta forma, la Corte Suprema de Justicia con el Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01 (2009), señaló lo que se menciona a continuación al respecto.

(...) y es precisamente el consumidor, quien por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad económica y de desequilibrio, es destinatario de una especial protección normativa, por supuesto que la profesionalidad del productor, que lo hace experto en las materias técnicas y científicas en torno de las cuales realiza su labor, su sólida capacidad económica, su vocación para contratar masivamente, las modalidades de contratación a las que acude, entre muchas otras peculiaridades, lo sitúan en un plano de innegable ventaja comercial que reclama la intervención de legisladores y jueces con miras a restablecer el equilibrio perdido.

De esta forma se puede observar cómo el Estado Colombiano se enfoca en los convenios de consumo, debido a que este tipo de vínculos es donde surgen más dificultades relacionadas con la asimetría contractual (Soto, 2015)

#### **3.4. Análisis de un contrato de franquicia con posición dominante.**

Con el fin de dar un ejemplo concreto de un contrato de franquicia de una marca de alimentos, donde se evidencia que una de las partes detenta la posición dominante en la relación contractual, se hace el siguiente análisis.

Como se hizo referencia frente a la celebración de contratos por adhesión, el anexo A nos da un claro ejemplo de lo que significa celebrar un contrato por adhesión y en ese sentido la existencia de una posición dominante, siendo que la redacción del documento infiere una posición de conveniencia o dominio hacia el franquiciante, sobre el franquiciado.

La cláusula quinta del anexo A, denominada obligaciones del franquiciado, en su numeral 2 señala que este debe comercializar los artículos designados o producidos por el franquiciante, lo que implica que de manera adicional se pacta

un contrato de suministro, en el cual el franquiciante dispone los precios que considere, siendo que se deja al azar la fijación de precios o un manual o anexo que identifique productos y precios, que en todo caso el franquiciado deberá asumir a su costa.

También se obliga el franquiciado según la misma cláusula numeral 19, a constituir un pagaré en blanco a favor del franquiciante y con un codeudor, que teniendo ya un contrato con obligaciones plenamente identificadas y con obligaciones de pagar sumas de dinero claras, expresas y exigibles, obviaría la necesidad de suscribir un título valor, pero que en este caso se exige y por si fuera poco, en blanco.

La cláusula sexta pone en evidencia que la clientela siempre será del franquiciante, luego en caso de terminación del contrato y ubicación de un nuevo franquiciado, no habrá lugar a ninguna prima o reconocimiento por el trabajo que se haya desarrollado en el sector.

La cláusula séptima, en cuanto a la cesión y la cláusula octava en cuanto a la terminación anticipada, únicamente conceden el derecho a favor del franquiciante, por lo que ponen de presente el desequilibrio entre las partes. Si bien el contrato anexo A contiene cláusulas que son generales para muchos contratos y que en su contenido contienen obligaciones para ambas partes, se evidencia que varios acápite del documento son desequilibrados y por tanto deriva en una posición dominante del franquiciante.

#### **4. MECANISMOS PARA MITIGAR LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Tanto el franquiciado como el franquiciador tienen expectativas de beneficio económico cuando deciden iniciar su proceso de negociación. Sin embargo, de acuerdo con Romero (2015) *“en muchas ocasiones es difícil creer que en una forma contractual que se ufana de ser garante, casi que indiscutible, de éxito y rentabilidad se puedan presentar situaciones de abuso en las que se vean seriamente lesionados los intereses de las partes”* (pág. 13). Esa situación se debe a que son múltiples las razones que pueden afectar el equilibrio jurídico en este tipo de contratos.

El contrato de franquicia se caracteriza por ser un contrato de tracto sucesivo y de larga duración, en el que el franquiciado paga unos derechos para al momento de adquirir la franquicia y empezar a ejecutar el contrato y posteriormente cancela un porcentaje de las utilidades que genera el negocio; inclusive se habla de que el punto de equilibrio y la generación de utilidades se empieza a generar después de que han transcurrido varios años, debido a que en algunos casos la inversión inicial es muy alta (Llain Arenilla & Insignares Sala, 2016).

Esta característica del contrato de franquicia ocasiona que se presenten muchas variables que pueden cambiar durante su ejecución, además de que necesariamente se genera un desgaste en la relación entre las partes. Dentro de las variables que pueden presentarse están especialmente las de carácter macroeconómico, como la tasa de cambio, el crecimiento económico, el desempleo, las reglas fiscales y la inflación. Todas esas variables afectan de manera directa los volúmenes de ventas, los costos, la rentabilidad, los

impuestos a cargo y, por lo tanto, la recuperación de la inversión inicial y la valoración del negocio (González Pérez, 2018).

Esa misma característica de vocación longeva de los contratos de franquicia y su alto nivel de riesgo e incertidumbre conllevan desgaste, pues el franquiciado, por un lado, puede encontrar que sus expectativas de rentabilidad no se cumplen en la realidad, mientras que el franquiciador puede también llegar a percibir que sus expectativas de penetración de la marca tampoco se cumplen. Obviamente la situación es diferente cuando las condiciones favorables se presentan y por lo tanto se superan las expectativas definidas al momento de iniciar la ejecución del contrato. Sin embargo, es poco probable que las condiciones macroeconómicas permanezcan por muchos años en niveles propicios para la actividad económica del negocio que se está explotando y es entonces cuando se requiere que el contrato prevea en su clausulado los términos apropiados para garantizar equidad en los momentos difíciles del negocio. (Calderon Monge & Huerta, 2015)

#### **4.1. Derechos y obligaciones comunes**

Agudelo y Chung (2014) al respecto enumeran los derechos y obligaciones más comunes que debe cumplir toda empresa que desee crear una franquicia:

- Disponer de una marca, producto o servicio debidamente registrado e introducido en el mercado con éxito probado y fácilmente transmisible.
- Saber transmitir a sus franquiciados el know-how de la franquicia.
- Contar con la infraestructura suficiente para proporcionar el servicio adecuado a las necesidades de cada franquiciado.

- Estar informado permanentemente de los últimos avances, tanto a nivel técnico como de mercadeo.
- Conocer y evaluar las diferentes zonas geográficas para la concesión de la franquicia.
- Capacidad financiera y solvencia profesional.
- Contar con uno o varios puntos piloto que demuestren la rentabilidad de la franquicia al franquiciado.
- Tener el correspondiente manual operativo que garantice el éxito comercial y económico de la transacción.
- Proporcionar exclusividad de zona.
- Facilitar la lista completa de sus franquiciados.
- Que la actividad que desarrolla no esté basada en una demanda temporal o moda pasajera.
- Garantizar a sus franquiciados unos servicios permanentes de seguimiento, comunicación interna, investigación, apoyo y marketing.
- Que su contrato respete el equilibrio entre las partes y defina claramente las reglas.
- Comunicar al franquiciado cualquier infracción del contrato estipulado.
- Solucionar mediante negociación directa, leal y razonable sus quejas, litigios y disputas.
- Otorgar a los franquiciados un precontrato en el cual se estipulen todos los gastos, obligaciones y derechos que deberán cumplir las dos partes antes

de firmar el contrato definitivo de franquicia. (Agudelo Monsalve & Chung Park, 2014, págs. 25-26)

Con el propósito de generar el equilibrio que se requiere en el contrato, los franquiciados o franquiciantes tienen derechos y obligaciones tales como:

- Seguir estrictamente los métodos y sistemas marcados por el franquiciante.
- Aceptación de cuáles son los productos que puede vender y cuáles no.
- Que se mantenga la confidencialidad de las informaciones transmitidas.
- Utilizar los métodos de gestión que se le indiquen.
- Respetar las normas establecidas para el acondicionamiento y mantenimiento del local.
- Designar los métodos publicitarios y promocionales para toda la red.
- Respetar las fuentes de suministro homologadas y los pagos a efectuar al franquiciante en las condiciones que se pacten.

#### **4.2. Equilibrio en los contratos de franquicia**

Este asunto del equilibrio en los contratos de franquicia es abordado por Pérez (2014) al plantear la necesidad de que ese equilibrio tenga en cuenta, por un lado, la autonomía jurídica y, por el otro, la subordinación económica. Se vale para su argumentación del Real Decreto 2485 de 1998 para planear que el franquiciado es un empresario independiente, a quien se le permite desarrollar una actividad con garantía de éxito a cambio de un precio inicial y un porcentaje del volumen de facturación o de utilidad. Esta naturaleza del contrato de

franquicia es diferente a la de un simple distribuidor, pues toma los conocimientos y la tecnología del franquiciador, lo que obliga a las partes a trabajar de manera cooperativa.

Sin embargo, jurídicamente se trata de empresarios distintos a pesar de la dependencia económica que los vincula en virtud del contrato que han suscrito de manera voluntaria; entonces, el franquiciado no es un proveedor o agente al servicio del franquiciador, pues el primero trata al cliente final de manera directa, lo que implica buscarlo, atenderlo, mantenerlo, facturarle los servicios o productos y recibir el dinero que se genera por las ventas. Si el equilibrio entre las partes se inclina en favor del franquiciador, en lugar de dos empresarios independientes jurídicamente pueden presentarse de dependencia debido al excesivo control que no se limita a:

Imponer al franquiciado unas normas de actuación determinadas, es decir, unas condiciones genéricas de uso de la franquicia o una aprobación inicial de la gestión, sino que vaya más allá, afectando a la toma de determinadas decisiones de actuación, de dicha forma se podría convertir más en un directivo de una organización mayor que en un empresario autónomo (y por consiguiente, tratarse este modelo de negocio más que una ventaja, en un inconveniente en cuanto a autonomía de la voluntad). (Pérez Serrabona, 2014, pág. 102)

En últimas, lo que las diferentes cláusulas del contrato de franquicia deben propiciar es que se genere para las partes una auténtica colaboración que se debe reflejar especialmente en la distribución de los poderes y en las ganancias del negocio (Romero Vivas, 2015). El desafío inherente a la gestión de precios se vuelve aún más complejo en las franquicias, ya que gran parte de la razón de ser de la franquicia se basa en mantener la uniformidad de la cadena. Sin embargo, los franquiciados y los franquiciadores pueden tener opiniones muy diferentes sobre cuáles son los precios óptimos en una unidad determinada.

Los franquiciadores buscan maximizar el valor de la marca mediante la administración de inversiones tanto en activos tangibles como intangibles y en la combinación de empresas y puntos de venta franquiciados; sin embargo, para el franquiciador el hecho de que uno de sus franquiciados esté dando pérdidas o niveles de utilidad notablemente menores al generado por otros puede resultar poco relevante, mientras que para ese franquiciado esa situación puede ser su única fuente de ingresos o puede haber significado la destinación de la totalidad de su capital, por lo que su prioridad es máxima. (Solís Rodríguez & González Díaz, 2016)

Sin embargo, no todas las marcas tienen los mismos modelos de operación para sus franquicias; la estructura de gobierno de las firmas de franquicias internacionales varía desde modos de control más altos, como subsidiarias de propiedad total y franquicias de empresas conjuntas, hasta modos de control más bajos, como el desarrollo de áreas y la franquicia maestra. (Pérez & García, 2013)

De acuerdo con Cano Molina, Taborda Morante y Álvarez Cossio (2013):

En Colombia no existen entidades encargadas única y exclusivamente de la regulación y promoción de las franquicias de alimentos, sin embargo se puede contar con el apoyo del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, entidad que apoya y guía en los trámites a los empresarios con la iniciativa de la creación de franquicia; así mismo se encuentra Proexport, la Asociación Colombiana de Franquicias y Federación Iberoamericana de Franquicias (pág. 65).

Es decir que es ante estas entidades que el franquiciado podría acudir en caso de requerir soporte en aspectos como el abuso de la posición dominante por parte del franquiciador.

## **5. CONCLUSIONES**

### **5.1. RESULTADOS OBTENIDOS**

De acuerdo con los hallazgos del trabajo, existe un modelo de protección frente a las cláusulas abusivas generado desde la Directiva 13 de la Unión Europea que ha sido adaptada por varios países de América Latina, cuyo objetivo es la protección frente a la igualdad de condiciones que se debe dar dentro de los contratos ejecutados por adhesión.

Los riesgos existentes para un franquiciado en el sector de alimentos pueden llegar a ser potenciados en situaciones donde el franquiciador dentro de la solemnización del contrato, no suministre los datos suficientes para que el franquiciado evalúe la viabilidad según la práctica realizada por otros franquiciados.

El contrato de franquicia corresponde a un contrato donde el franquiciador es una empresa con experiencia en el mercado y que permite traspasar esta información a una persona ya sea natural o jurídica, la cual a cambio de esta información se compromete a cancelar unos derechos de cesión y a adjudicar parte de sus ganancias.

Dentro de los contratos de franquicia se pueden presentar cláusulas abusivas, que se pueden identificar como una condición perjudicial para la parte adherente, y que va en contra de la buena fe. No se cataloga como abusivo un requisito que genere desigualdad a una de las partes, será abusivo si esa desigualdad se cataloga como absurda y se aleja de las técnicas contractuales comúnmente utilizadas. Existe una forma para determinar si una cláusula es abusiva, la cual se da al determinar si esta surge de forma objetiva o subjetiva. Cuando es de manera objetiva, el requisito es casi imposible de cumplir; y es de

forma subjetiva al momento en el que se toma en consideración los obstáculos que le puedan surgir al adherente.

Para que no se presenten casos de cláusulas abusivas en los contratos de franquicia, debe existir el principio de la buena fe, el cual abarca múltiples aspectos en el derecho contractual, y que no específicamente difiere en su significado y relevancia, ya que este término se puede aplicar en el concepto de todo el derecho contractual.

Aunque el contrato de franquicia no se encuentra tipificado en Colombia, y tomando en consideración el hecho de que se pueden presentar cláusulas abusivas dentro del desarrollo del mismo, y a la vez, la realización del contrato depende del principio de la buena fe, con el desarrollo de este trabajo se buscó analizar estas situaciones para dar una solución al problema presentado en la celebración de estos contratos.

Dentro de un mercado relevante, puede existir la presencia de dos o más productos cuando hay una probabilidad para los productores, al igual que para los consumidores, de reemplazar los bienes y servicios de uno por los que ofrece el otro, a tal nivel que obstaculice el poder del monopolio, siendo considerado este mercado relevante como trascendental para cada producto y cada área geográfica, al igual que se vincula con la facultad para competir.

De acuerdo a lo anterior, se puede definir la posición dominante como el hecho de que una entidad logre un dominio del mercado de tal forma, que pueda llegar a implantar requisitos excesivos para sus clientes, a causa de que no exista una competencia que le genere contrapeso.

Teniendo en consideración lo establecido por el artículo 1602 del Código Civil, el cual insta que los contratos solemnizados legalmente conforman una ley para las partes y solamente puede ser inhabilitado por mutuo acuerdo o por

motivos legales. La relevancia que adquiere es fijar si las cláusulas abusivas pueden conformar motivos que pueden fundamentarse como imprecisión de la parte legislativa, lo cual generaría la anulación de un contrato. Motivo por el cual debe quedar claro qué clase de demostraciones de abuso bajo el riesgo del convenio entre las partes puede ser denunciado. De igual modo, y como lo insta el Código de Comercio existen determinaciones imperativas que se utilizan dentro de los contratos por ser normas de índole general como son el abuso al derecho y la buena fe contractual.

También se puede denotar que dentro de las cláusulas abusivas existe la incidencia de características de clase formal y material, que determinarán el análisis jurisdiccional que requerirán una constatación, para que sean tenidas en cuenta como tales, estas constataciones son: Que estas estipulaciones hayan sido dispuestas por el predisponente al adherente del contrato, sin que el adherente tuviese la facultad de rebatirlas en la incorporación del contrato, que se dé una desigualdad reglamentaria excesiva entre los derechos y responsabilidades de los intervinientes, y que se genere una transgresión al principio de la buena fe, motivada por disposiciones que generen inconsistencias reglamentarias arbitrarias.

Dentro de los procedimientos jurídicos en la modalidad de contratos de adhesión, se puede observar que la relación de interdependencia entre las partes se genera mayormente con beneficios en mejor proporción y con mejores condiciones para una de las partes que para la otra, a causa de la inestabilidad contractual, porque es una de las partes la que se encarga de elaborar y estructurar las condiciones del contrato, por lo tanto, para la generación de este tipo de cláusulas por parte del predisponente, deben elaborarse con base en los principios de la buena fe, y teniendo en cuenta lo que espera alcanzar el destinatario. Los motivos que generan la asimetría en los contratos, vienen dados por la existencia de la inestabilidad en la información recibida por las partes, así

como la posibilidad que tienen los empresarios para preparar de forma unilateral las cláusulas del contrato.

En esta inestabilidad contractual, se puede denotar la posición dominante, que conforma la postura con que cuenta una de las partes de la relación contractual, por medio de la cual se perjudica la libertad de competencia, a causa de que la empresa que posee dicha posición dominante, es quien cuenta con el control del mercado en la negociación de determinados productos, situaciones donde la competencia se puede dar en competencia desleal, y es en estas circunstancias donde debe existir mayor intervención estatal, buscando que este tipo de competencia se dé a través de excelentes comportamientos comerciales, la buena fe mercantil, y por ende que exista lealtad entre los comerciantes que luchan por los clientes.

Aquellos comerciantes que se sientan perjudicados por actuaciones de competencia desleal pueden pedir que se le exija al transgresor que no pueda seguir ejecutando dichas actuaciones, en dado caso de que se sigan presentando, puede exigir que éste le cancele una indemnización por los daños ocasionados. En los contratos donde mayormente se observa la transgresión por posición dominante, es en los contratos de consumo, siendo estos los más tenidos en cuenta por la legislación colombiana, buscando solucionar los obstáculos que se generan por asimetría contractual.

También dentro del contrato de franquicia se pueden observar cláusulas que se consideran abusivas como por ejemplo: Las cláusulas de no competencia, donde, a través de cláusulas o estipulaciones que se establecen dentro del contrato, para fijar que el franquiciado no podrá realizar negocios competitivos u otras operaciones al interior del territorio franquiciado, mientras dure la franquicia establecida entre las partes, ni en un plazo posterior al finalizar la misma, aspecto que se puede considerar opuesto al principio de libertad económica; pero se debe

tener en cuenta la habilidad del franquiciante, así como el uso y estrategias que le dé el otorgante a la información recibida, sin que el franquiciado se apropie del know how que le ha sido brindado por parte del franquiciante y no transgreda la propiedad intelectual.

Otro aspecto que se puede catalogar como abusivo dentro de los contratos de franquicia, son las cláusulas de exclusividad, ya que en muchas ocasiones puede ser considerado como perjuicio al principio de libertad económica, porque esta exclusividad ambiciona fortalecer el ejercicio de labores de acaparamiento, que en muchos casos son opuestas a las normas internas de la misma empresa. También se encuentran las cláusulas que limitan o liberan de responsabilidad, donde el franquiciado, si no se establece este tipo de cláusula al interior del contrato, no se hace cargo de las obligaciones contraídas por daños que le surjan al cliente, mientras que para que se lleve a cabo legalmente este tipo de cláusulas al interior de un contrato de franquicia, se requiere que el franquiciado adquiera una póliza de seguros para proteger este tipo de perjuicios, por lo tanto, es considerado un requisito indispensable para la solemnización de los contratos de franquicia.

Otras de las particularidades que dejan notar la posición dominante dentro de los contratos de franquicia, es que este contrato surge por la fusión de varias clases de contratos, lo que hace que sus estipulaciones estén por escrito, al igual que estén anticipadamente estructuradas buscando proteger el fin comercial, conformando un contrato compuesto.

El contrato de franquicia es considerado un contrato de colaboración, porque una de las partes realiza una tarea de la misma forma, en que la otra parte, también ejecuta su parte, aunque de forma independiente, esta colaboración surge de la responsabilidad compartida entre las partes, frente al consumidor, buscando brindarle los beneficios, e impidiendo perjuicios para el

consumidor. Igualmente, este contrato es considerado un contrato de empresa, realizados por empresarios que en múltiples situaciones se encuentran ubicados en distintas partes, donde se requiere una protección del profesional débil frente al profesional fuerte, hablando en términos económicos.

Para llevar a cabo los contratos de franquicia en la comunidad andina, es usual, que este tipo de contratos se efectúen bajo las pautas de la buena fe entre los intervinientes, debiendo cumplir con dicho requisito para poder llenar las expectativas de la contraparte y poder satisfacer a los consumidores finales del vínculo. Otro aspecto importante a tener en cuenta dentro de los contratos de franquicia, es reconocer que este tipo de contrato es considerado un contrato de adhesión, a causa de que al momento de solemnizar dichos contratos se usa un formato base que contiene las condiciones predispuestas, que el franquiciado no tiene la posibilidad de convenir, sino que debe adecuarse a ellas dentro del contrato.

Las cláusulas abusivas dentro de esta clase de contratos, manifiestan la desigualdad particular y excesiva de acuerdo con los derechos y obligaciones de una de las partes y en su perjuicio, se conforma en excesiva cuando perjudica la buena fe, genera desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. Este tipo de cláusulas son múltiples, en muchas ocasiones una cláusula puede ser abusiva o no, en la medida de las motivaciones del contrato y el sentido que se le otorgue a dichas estipulaciones, al igual que en unión a las demás estipulaciones que posee el contrato, como es el caso de las cláusulas abiertas, que se presentan cuando se analizan las cláusulas que conforman un contrato, de acuerdo con las demás estipulaciones, o en fusión con ellas mismas y que terminan causando daño al empresario o un desequilibrio esencial entre los derechos y obligaciones de las partes.

También una cláusula puede ser abusiva de tipo particular, cuando no se establece un acto concreto, y alcanza la facultad de abarcar variadas posiciones abusivas que conforman los contratos y que, de no hallarse específicamente estipuladas en su interior, están de manera implícitas al realizar el análisis total del clausulado de los contratos, fusionadas entre ellas.

De otra parte, los contratos de franquicia poseen una serie de características, como es el hecho de que es un contrato de tracto sucesivo y de larga duración, es un contrato en el cual el franquiciado cancela unos derechos al momento de iniciar la franquicia e iniciar a ejecutar el contrato, y después debe pagar un porcentaje de las utilidades que genera el negocio. Con base en esta característica, motiva a que se generen múltiples variables que pueden transformarse durante su realización, e igualmente se produzca un desgaste en la relación entre las partes.

A causa de ser un contrato de larga duración y de su elevado nivel de peligro y falta de certeza, acarrear debilitamiento, ya que, de una parte, el franquiciado, puede hallar que sus perspectivas de rentabilidad no se satisfagan realmente, y entre tanto, el franquiciador, también puede notar que sus perspectivas de introducción de su marca tampoco se están dando. Aunque no en todas las situaciones se presenta el mismo caso, puede suceder que se presenten condiciones favorables y se cumpla con todas las perspectivas esperadas de parte y parte, pero las condiciones macroeconómicas no siempre van a ser constantes durante toda la vida del negocio, por lo tanto, se requiere que el contrato predisponga dentro de sus estipulaciones los términos adecuados para proteger el equilibrio en ese tipo de situaciones difíciles.

Debe hacerse una distinción respecto de la protección del consumidor que se establece en virtud de la Ley 1480 de 2011 y la protección de los derechos del franquiciado; si bien el franquiciado actúa como la parte débil dentro del contrato

de franquicia, sus derechos se protegen en virtud de normas diferentes a la mencionada ley, tal como se menciona en el trabajo. Franquiciador y franquiciado tienen corresponsabilidad frente al consumidor.

## **5.2. RECOMENDACIONES**

En Colombia la franquicia está considerada como un contrato atípico no reglamentado dentro de los códigos y normas, y se tiene en cuenta la voluntad de las partes como la que dirige el vínculo entre ellas, la falta de normas se sustituye con la utilización de las normas y principios generales para todas las obligaciones y contratos, normas que se encuentran establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, por lo tanto, una de las recomendaciones de mayor importancia para el buen funcionamiento del contrato de franquicia en el comercio de Colombia, es que se definan y se implementen normas totalmente aplicables a este tipo de contrato y que posibiliten un mayor aseguramiento en la equidad al interior de lo pactado en los contratos de franquicia, entre el franquiciador y el franquiciado. Todo esto va a permitir mayor credibilidad por parte del franquiciado para conseguir trabajar sobre una franquicia seria y exitosa.

También se deben sostener todas las normas que amparan la propiedad intelectual del franquiciante como son los signos distintivos, el know how y secretos empresariales, que posibilitan amparar su empresa del descrédito, en el momento en que llegue a surgir cualquier tipo de incumplimiento por parte del franquiciado. Otro aspecto a tener en cuenta es la independencia de las partes intervinientes dentro de la franquicia, con el fin de realizar un convenio que no transgreda la autonomía de las partes, aspecto que va a posibilitar el progreso y buena ubicación de la franquicia como mecanismo de crecimiento empresarial.

Igualmente, se debe considerar de fundamental importancia la fase preliminar a la solemnización del contrato de franquicia, puesto que es en esa fase donde se debe establecer el problema para el desarrollo de su labor comercial, que de igual forma, puede detener la probabilidad de crecimiento del negocio, ya que si no se otorga la información apropiada, se podría presentar por parte del contratante cualquier tipo de alegato, dejando percibir que el convenio se encuentra afectado por vicios del consentimiento, por no contar con la verdad acerca del objeto o servicio adquirido, o básicamente, por no contar con la información veraz, se presente la situación de que no se solemnice dicho contrato. Por lo tanto, también se deben instaurar estipulaciones de confidencialidad, debido a que se está concediendo información de tipo privado que no debe ser revelada al público.

Aunque las franquicias conforman una alternativa ideal para los empresarios que quieren ingresar al mundo comercial, ya que aminoran los factores de riesgo, sin embargo, la desinformación acerca de las mismas puede acarrear una idea equivocada, ya que este tipo de negocios está dado para individuos o entidades con un alto poder adquisitivo, por lo tanto, se debe hacer un análisis profundo con relación de las posibilidades financieras que ofrecen las distintas entidades a la población, teniendo en cuenta los excelentes vínculos que se han suscitado entre los franquiciantes y los bancos. También, los mismos franquiciados deben saber todo lo relacionado al progreso que ha tenido esta clase de negocio, sus derechos y obligaciones, las motivaciones claves del triunfo, los errores en los cuales puede incurrir y cómo se pueden solucionar, e igualmente, estar asesorados de manera excelente por especialistas en el tema, a fin de que realicen el acompañamiento del proceso de franquicia, que se debe ejecutar con la total formalidad y entrega del proceso de franquicia buscando generar desarrollo y fortalecimiento de la misma dentro del ambiente económico.

### **5.3. CONCLUSIÓN GENERAL**

Para poder llevar un buen manejo de los contratos de franquicia de alimentos, y a raíz de que el franquiciante interfiere de forma predominante sobre la gestión administrativa del franquiciado, se hace ineludible tener un control contractual, ya que al momento de crear una red de franquicia requiere la obligación de que exista una integración total, que haya un sistema de comercialización impuesto entre las partes intervinientes y otras normas al interior de esa red de franquicias.

Debe declararse un control natural visto desde el punto del negocio jurídico, donde el franquiciante debe cumplir con una serie de requisitos que le permitan a la parte débil del contrato sentirse amparado, así como también que los mismos consumidores se sientan protegidos, con el fin de que se lleve a cabo la efectividad del contrato adquirido.

Por lo tanto aquellas entidades o personas que deseen involucrarse comercialmente a través de contratos de franquicia, requieren determinar claramente todos los índices que conllevan poner en marcha este tipo de vínculo comercial, analizando los sistemas de valoración con que cuenta la empresa; esta valoración la pueden efectuar a través del estudio de los balances, el flujo de caja, igualmente, fijar determinaciones con relación al monto que requiere la franquicia como canon de ingreso, las regalías que produce por sus ventas, los fondos de publicidad, las tasas de inauguración del local, los costos por materias primas que se necesitan, y todos los demás ítems que se deben valorar al momento de realizar este tipo de negociación, poner en consideración igualmente otra serie de factores como por ejemplo analizar el entorno donde se va a realizar la inversión, buscando de esta manera evitar tropiezos más adelante con el transcurrir del negocio.

Con base en el principio de buena fe, el franquiciado debe expresar en la fase precontractual de manera abierta todas las inquietudes por simples que parezcan, frente a todos los aspectos del negocio y particularmente frente al manejo que se dará en el caso de que el mercado tenga un comportamiento menos favorable que lo que se estima, pues es en esos momentos de la vida contractual que se pueden presentar mayores diferencias con el franquiciador. En caso de que las respuestas que reciba el franquiciado no lo dejen suficientemente tranquilo, resulta recomendable que profundice en sus evaluaciones y en la experiencia de otros inversionistas que lleven más tiempo en el negocio y en la relación con el franquiciador, con el fin de que se sienta tranquilo de que los inevitables obstáculos sean resueltos de manera equitativa.

Así mismo cabe reiterar lo que se señaló en el numeral 2.1 respecto de la posición dominante de un proveedor en un determinado mercado, la cual es diferente a la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de franquicia por parte de quien ejerce posición dominante. En el primer caso operan las normas relacionadas con la protección del consumidor y de protección de la competencia, y se trata de situaciones que son competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. En el segundo caso se trata de un contrato entre particulares que se rige por normas de carácter general de la contratación privada, como quiera que se trata de un contrato atípico en la legislación colombiana.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Rodríguez, Joaquín y Jiménez Valderrama, Fernando (2015). Elementos de derecho europeo para la caracterización de las cláusulas abusivas en la contratación. *Dikaion*, 12-35.
- Agudelo Monsalve, Andrea y Chung Park, Sara. (2014). Estado actual de las franquicias en el sector servicios en Colombia y sus perspectivas de desarrollo. Bogotá: Diss. Universidad EIA.
- Arosemena Romero, Miguel. (2005). El Contrato de franquicia de distribución exclusiva: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y de la libre competencia en la Unión Europea. Madrid: Universidad Carlos III.
- Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2002). Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- Bellamy, Christopher y Child, Graham. (1992). Derecho de la competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas.
- Calderon Monge, María Esther y Huerta, Pilar Angélica. (2015). Ingresos netos del franquiciado: una señal para elegir franquicia en una crisis. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, 689-698.
- Cano Molina, Daniela; Taborda Morante, Natalia; Alvarez Cossio, Gabriel. (2013). Guía para el desarrollo de una franquicia de chipotle Mexicana Grill en Colombia.
- Código de Comercio. (1971). Presidencia de la República. Bogotá: Decreto 410.
- Constitución Política. (1991). Asamblea Nacional. Bogotá: Fortalecer la unidad de la nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político.
- Corredor Amaya, Laura Natalia. (2016). La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros. *Iter Ad Veritatem*, 283-320.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. (2016). La obligación contractual de informar en el proyecto de código civil y comercial unificado argentino. *Revista de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Económicas*.

- Decreto 2153. (1992). Ministerio de Desarrollo Económico. Bogotá: Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.
- Díez Estella, Fernando. (2012). Algunas consideraciones en torno a la comunicación sobre definición de mercado relevante de la Comisión Europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EE.UU. En: M. Pons, ed. Anuario de la competencia. Madrid: Fundación ICO. 2001. En A. d. competencia, Pons, M. (págs. 321-349). Madrid: Fundación ICO.
- Echeverri Salazar, Verónica María. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 125-144.
- Exp. 11001 3103 014 1995 02015 01. (2013). Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Dr. Arturo Solarte Rodríguez.
- Exp. 11001 3103 024 1998 4175 01. (2009). Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01. (2011). Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Magistrado ponente Dr. William Namén Vargas.
- Exp. 25899 3193 992 1999 00629 01. (2009). Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
- Expediente 5670. (2001). Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Expediente 5670. (2001). Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. Bogotá: Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
- Facco, Javier Humberto. (2018). Vicisitudes de la buena fe negocial: reflexiones histórico-comparativas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Frith, Andraya., Préfontaine, Eric. y Scott, Gillian. (2016). La Belle Province: A Practical Business Guide to Key Legal Issues When Franchising in Quebec. *Franchise Law Journal*, 303-340.
- Fuentes Díaz, Bernardo. y Jiménez Mantilla, Federico. (2000). El contrato de franchising. San José de Costa Rica: Investigaciones jurídicas.
- González Pérez, Francisco. (2018). Reflexiones en torno al modus operandi de la franquicia en el deporte. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*.

- González, Ruth. (2010). Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- González Cano, Yamid. (2017). Celebración de contratos sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. Bogotá: Universidad EAFIT.
- Granados Aristizábal, Juan Ignacio. (2011). Tres aspectos en las relaciones de consumo: La naturaleza del contrato de consumo; el consumidor como parte débil en la contratación y la integración contractual de las declaraciones publicitarias. Obtenido de <http://repository.lasallista.edu.co/dspace/bitstream/10567/69/1/175-188.pdf>.
- Gual Acosta, Juan Manuel. (2016). Las cláusulas abusivas-Evolución hacia una noción. *Verba Iuris*, 113-134.
- Gutiérrez de Larrauri, Natalia. (2010). La alteración fundamental del equilibrio contractual: Base conceptual de la figura del harship en los principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales. *Revista de Derecho Privado*, 1-40.
- Hernández Sampieri, Roberto. (2010). Metodología de la Investigación. Bogotá: McGraw Hill.
- Kemelmajer de Carlucci, Aida. (1992). Aproximaciones al franchising. Especial relevancia al régimen de la responsabilidad. Buenos Aires: Astrea.
- Ley 57. (1887). Congreso de la República. Bogotá: Por medio del cual se expide el Código Civil.
- Llain Arenilla, Shirley. y Insignares Sala, Silvana. (2016). Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al Contrato de Franquicia internacional. *Vniversitas*, 132-148.
- López Cardinalli, Gustavo. (1997). El contrato de franquicia. Madrid: Civitas.
- Messineo, Francesco. (1948). Doctrina general del contrato. Buenos Aires: Giuffré.
- Mezzasoma, Lorenzo. (2014). Novedades en materia de derecho de consumo y de derechos de contratos. Conferencia clausura máster universitario en Derecho de los Negocios. Granada.

- Orellana, Liliana. (2015). ¿Es posible invocar la excesiva onerosidad como excusa de la falta de cumplimiento de acuerdo con la CISG? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 211-252.
- Ospina Fernández, Guillermo. y Ospina Acosta, Eduardo. (2015). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición. Bogotá: Temis.
- Pereira Fredes, Esteban. (2017). Fuerza obligatoria y función social del contrato: Un estado de la cuestión en Brasil y Chile. *Latin American Legal Studies*, 64-100.
- Pérez Serrabona, Javier. (2014). *Un nuevo modelo de negocio para las nuevas tendencias y necesidades del mercado*. Granada: Universidad de Granada.
- Pérez, Rosa., & García Álvarez, María Teresa. (2013). Una aproximación contractual al estudio de las cadenas de franquicia. *Anales de economía aplicada*. Asociación Española de Economía Aplicada, ASEPELT.
- Prada Otero, Yolanda. (2010). *De las cláusulas abusivas en realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rodríguez Alfaro, Marco Vinicio. (2013). El Know How y su aplicación práctica en el contrato de franquicia. *Revista Judicial, Costa Rica*, 233-273.
- Romero Vivas, Eliana Fernanda. (2015). El principio implícito de la buena fe y el trato justo como mecanismo modificadorio del contrato de franquicia dentro del derecho norteamericano. *Revista de Derecho Privado*, 1-32.
- Romero, Eliana. (2015). El principio implícito de la buena fe y el trato justo como mecanismo modificadorio del contrato de franquicia dentro del derecho norteamericano. *Revista de Derecho Privado*, 1-32.
- Romero Pérez, Juan Esteban. (2001). *Contratos atípicos*. *Revista de ciencias jurídicas*.
- Seguel Acevedo, Pamela. (2017). *La buena fe en el procedimiento civil* (Doctoral dissertation). Santiago: Universidad Católica de la Santísima Concepción.
- Segura Ulate, Óscar. (2014). *Análisis jurídico de distintos contratos de adhesión en el ámbito comercial moderno y sus implicaciones en los derechos del consumidor dentro de la perspectiva de las cláusulas abusivas y las prácticas comerciales desleales*. San José de Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

- Sentencia C-909-12 Ex. D-9075. (2009). Corte Constitucional. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.
- Sentencia T-837. (2011). Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Solis Rodríguez, Vanesa. y Gonzalez Díaz, Manuel. (2016). Provisions to be negotiated in franchise contracts: the case of Spanish chains. *Journal of Business Administration Research*, 66-82.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. (2005). *Transformación del derecho de contratos*. Lima: Editora jurídica Grijley.
- Soto Coaguila, Carlos Alberto. (2013). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 563-609.
- Soto Echeverri, María Alejandra. (2015). Desequilibrio o asimetría en las relaciones contractuales entre empresarios. *Corporación Universitaria Lasallista*.
- Suescún de Roa, Felipe. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: Una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, 1-17.
- Torres Posada, Camilo. (2015). Cláusulas Abusivas en los Contratos de Adhesión en el Derecho Colombiano. *Rev. Derecho Privado*.
- Weinrib, Ernest. (2014). Ownership, Use, and Exclusivity: The Kantian Approach. *Ratio Juris*, 123-138.
- Zapata Flórez, Jonathan.; Londoño Betancur, Alejandra; Gómez Sánchez, Daniel; Osorio Tabares, Felipe; Ladino Ayala, Luis Gabriel; Velásquez Castaño, Santiago; Maya Vélez, Sebastián; Sierra Suárez, Sebastián (2016). Sanciones jurídicas a la estipulación de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión en Colomba. *Revista CES Derecho*, 42-54.

## APÉNDICE

### Anexo A. Ejemplo de contrato de franquicia celebrado por adhesión en Colombia.

Se anexa el presente documento para fines académicos, sobre el cual, por razones de confidencialidad, se han eliminado algunos espacios de su contenido, como las partes suscriptoras y contraprestaciones económicas.

#### CONTRATO DE FRANQUICIA

Entre los suscritos, de una parte [REDACTED], mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° [REDACTED] expedida en [REDACTED] quien obra en nombre y representación de [REDACTED], que en adelante se denominará EL FRANQUICIANTE, y por la otra, [REDACTED] también mayor y vecino de BOGOTÁ, identificado con la cédula de ciudadanía N° [REDACTED] expedida en ESPINAL (TOL.), quien obra en nombre propio (o en representación de [REDACTED]) y quien en adelante se denominará EL FRANQUICIIDADO, hemos convenido celebrar el presente **CONTRATO DE FRANQUICIA**, que se registrará por las siguientes cláusulas:

**PRIMERA: Objeto.** EL FRANQUICIANTE, propietario de la marca [REDACTED] registrada en la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el N° [REDACTED] concede el uso de dicha marca y todo lo que esta involucra (a saber el nombre comercial, emblema, modelos, diseños y know how) para ser explotada por el FRANQUICIIDADO. El punto focal estará ubicado en el municipio de [REDACTED] particularmente entre las [REDACTED] de [REDACTED] dicho municipio.

**SEGUNDA: Derechos de entrada, uso de marca y producto.** EL FRANQUICIANTE concede el uso de su marca y producto por la suma de [REDACTED] (Para la utilización de otras franquicias se firmarán nuevos contratos por los precios que llegaren a ser objeto de negociación).

**TERCERA: Regalías.** La utilización de la franquicia no generará cobro de regalías. Pero sí un derecho a cargo del FRANQUICIIDADO y a favor del FRANQUICIANTE, por concepto de administración, equivalente a [REDACTED] pagaderos dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes.

**CUARTA: Obligaciones del FRANQUICIANTE.** 1. Incorporar nuevos productos y mejorar la calidad de los existentes. 2. Permitir el uso por parte del FRANQUICIIDADO de los derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como la marca, el emblema, patente y productos. 3. Colocar a disposición del FRANQUICIIDADO las mercancías o inventarios que componen su surtido o garantizar la puesta a disposición del mismo FRANQUICIIDADO de las mercancías cuando no sean fabricadas por EL FRANQUICIIDADO. 4. Determinar las políticas y estrategias de mercadeo en cuanto a posicionamiento, variables del producto (marca, empaque, precio), variables de comunicación (publicidad, promociones), investigación de mercados y fondo de promociones y publicidad. 5. Otorgar formación, adiestramiento y asistencia técnica al FRANQUICIIDADO en los campos técnicos, comercial, financiero, contable, fiscal y de gestión



000014

en la iniciación de la franquicia y durante la explotación de las unidades de venta por EL FRANQUICIADO.

**QUINTA: Obligaciones del FRANQUICIADO.** 1. Comercializar los productos con las especificaciones impuestas por EL FRANQUICIANTE. 2. Comercializar los artículos producidos o designados por EL FRANQUICIANTE. 3. No explotar directa o indirectamente la franquicia por medio de establecimientos similares al de la franquicia. 4. Utilizar durante la vigencia del contrato el Know How y Licencia de Marca concedida por EL FRANQUICIANTE sólo para la explotación de las franquicias. 5. No Revelar el contenido del Know How suministrado por EL FRANQUICIANTE. 6. Contribuir mediante el cumplimiento de las directrices indicadas por EL FRANQUICIANTE, a la buena reputación y éxito de la cadena. 7. Asistir a cursos de preparación o actualización suministrados por EL FRANQUICIANTE. 8. Desplegar las actividades administrativas y operativas necesarias para el desarrollo y la explotación adecuada de cada una de las franquicias. 9. Informar al FRANQUICIANTE, sobre las mejoras en los procedimientos técnicos y comerciales empleados en la explotación de la franquicia. 10. Disponer de un inventario suficiente, en calidad y variedad para satisfacer las necesidades de la clientela según las políticas vigentes de manejo de inventarios del franquiciante. 11. Aplicar los precios de venta definidos por EL FRANQUICIANTE. 12. Utilizar los signos distintivos del FRANQUICIANTE, mantener una política publicitaria y promocionar de acuerdo con las necesidades de la franquicia. 13. Respetar las normas de explotación y gestión pactadas, llevando adecuadamente la contabilidad y aceptando los controles del FRANQUICIANTE establecidos en el contrato. 14. Realizar el manejo del dinero producto de las ventas según las políticas establecidas por el franquiciador. 15. Registrar cada uno de los establecimientos de comercio que llegare a tener el FRANQUICIADO en la Cámara de Comercio con la razón social. 16. El uso de la marca correrá por cuenta y riesgo del FRANQUICIADO, quien responderá por las infracciones civiles, policiales y administrativas en general e incluso con las multas derivadas de los mismos durante el término del presente contrato y hasta que cese el uso de la marca. 17. El pago de impuestos, tasas, gravámenes, creados o a punto de crearse, derivados de uso de la marca en el sitio respectivo correrán a cargo del FRANQUICIADO. 18. Cumplir a cabalidad el manual de operaciones adoptado por el FRANQUICIANTE, utilizar el uniforme completo que le sea suministrado, y procurar con la mayor atención el mantenimiento del coche y demás elementos que éste le provea. 19. Entregar al FRANQUICIANTE un pagaré en blanco a su cargo, con el aval de un fiador solvente, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y en particular para responder por la devolución oportuna del coche. 20. Suscribir con el FRANQUICIANTE el contrato de comodato que regule la entrega tanto del coche o coches como de los otros elementos aptos para el desempeño de su labor. 21. Registrarse como comerciante ante la Cámara de Comercio.

**SEXTA: Terminación y prórroga.** La duración del presente contrato será de \_\_\_\_\_ AÑOS, contado desde el \_\_\_\_\_. El contrato podrá ser prorrogado previo acuerdo de las partes que se hará constar por escrito. En caso de terminación EL FRANQUICIADO renuncia a cualquier indemnización por clientela en el territorio pactado.

**SEPTIMA: Cesión de derechos.** EL FRANQUICIADO no podrá ceder el contrato sino con autorización previa y escrita del FRANQUICIANTE.

34

000015

**OCTAVA: Causales de terminación anticipada.** EL FRANQUICIANTE podrá en cualquier tiempo dar por terminado el contrato de manera unilateral, informando con una antelación igual a un mes, en cualquiera de los siguientes eventos: a) Insolvencia del FRANQUICIADO; b) Ineficiencia en la prestación de servicios de postventa, y c) Violación a cualquiera de las cláusulas del presente contrato.

**NOVENA: Cláusula penal.** Si cualquiera de las partes incumpliere una cualquiera de las obligaciones a su cargo, deberá pagar a la otra una suma equivalente al 20% de los derechos previstos en la cláusula segunda de este contrato, a título de pena derivada de dicho incumplimiento.

**DECIMA: Cláusula compromisoria.** Las partes contratantes acuerdan someterse previamente a la decisión de amigables componedores sobre las divergencias que surjan como producto del presente contrato. Pero si la diferencia o controversia no se resuelve dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se acuerde acudir a los amigables componedores, las partes convienen que la diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento, cuyo domicilio será Bogotá D.C., integrado por tres (3) árbitros designados conforme a la ley. Los procesos arbitrales que ocurrieren se registrarán por lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia.

En constancia de lo anterior, se firma en la ciudad de Bogotá D.C., a los        días del mes de  
del año