

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea de la Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Bibliotecas Bucaramanga

Universidad Santo Tomas

El Contrato de franquicia y sus efectos laborales



Andrés Felipe Ramírez Capacho

Trabajo de Grado realizado para optar el título de Abogado

Director

Diego Guillermo Anaya González

Especialista en Seguridad Social Universidad Santo Tomas Bucaramanga

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Humanas

Facultad de Derecho

2016

Agradecimientos

Desde el primer latido hasta el día de hoy, ha sido la guardiana de mis sueños, la encargada de poner cada pieza del rompecabezas en su lugar y de guiarme con su amor infinito. Ha sido la arquitecta de mi felicidad y la piedra filosofal de mi vida; A mi mamá, a quien le confié mis sueños y me ayudo a llegar a ellos.

A mis abuelos, que son también mis padres, para con quienes estaré en deuda eternamente. A mi familia, por su apoyo incondicional en todas las etapas de mi vida.

A Maria Alejandra, que con su amor y corazón me fortaleció en el camino y me lleno de energía cada vez que la necesite.

Al Doctor Diego Anaya, quien me tendió la mano y creyó en este proyecto de principio a fin. Si algún reconocimiento merece este proyecto, es gracias a la valiosa colaboración del director. Mi admiración para tan excelente Abogado.

Al Doctor Ramiro Serrano, a quien considero mi maestro y mentor en el Derecho, quien por demás, se empeñó en empujarme hasta la meta; a toda la familia de Serrano Serrano Abogados.

A Dios, a mis grandes amigos, y a mi alma mater.

Y finalmente, me permitiré agradecer en palabras de un genio de la música latinoamericana, a quien parafraseare a continuación:

No solo no hubiera sido nada sin ustedes, sino con toda la gente que estuvo a mí alrededor desde el comienzo. Algunos, siguen hasta hoy... ¡Gracias Totales!

Andrés Felipe Ramírez Capacho

Resumen

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

Palabras clave: Contrato, Franquicia, Trabajo, Decente, Digno, OIT, Efecto, laboral.

Abstract

In the present work will be announced the possible legal consequences arising from the franchise agreement in the field of labor law from the execution and implementation of a Franchise Agreement. To get to the explanation and explanatory statement of this research will be a brief historical account of the origin of franchises, through its theoretical, practical and legal developments. Later working conditions in the commercial practice of the franchise is immersed were analyzed, also a brief analysis of the generic clauses of the contract at the national and international levels to end with an analysis of the above against the Decent Work Agenda and Decent Work ILO. The end of the document consists of an analysis of the liability that may preach the execution of the contract, either contractual or tort character, the characteristics of the job responsibility and its effects between the contracting parts.

Keywords: Contract, Franchising, Work, Decent, Worthy, ILO, Effect, labor.

Introducción

La actividad comercial es uno de los pilares de la economía del país ligado al intercambio mercantil y la actividad empresarial. Colombia como país en desarrollo debe y tiene que buscar instrumentos que faciliten el flujo económico con las grandes maquinarias empresariales del globo, con miras a generar impulsos a la economía local, máxime en la presente época de apertura económica nacional dirigida desde los TLC's. Es por esto que el contrato de Franquicia es uno de los mejores instrumentos comerciales y contractuales, que permiten este impulso económico al tratarse de un acuerdo de cooperación entre franquiciador y franquiciante, desde un punto de vista de colaboración bilateral que produce y producirá empleos en el país.

El contrato de Franquicia dentro de la legislación colombiana, se encuentra como un contrato atípico, por lo que su ejecución supone plena libertad contractual y manejo amplio de la autonomía de la voluntad para los acuerdos que se pretendan establecer, dejando como un tema al aire la responsabilidad que pueda tener, tanto el franquiciante como el franquiciado.

Es por esta razón que el estudio de los efectos del contrato de Franquicia, desde su atipicidad hasta los efectos en el régimen de responsabilidad resultan relevantes para la vida jurídica tanto en lo comercial como en lo civil y laboral, pues no se establece un lindero normativo por el cual transitar, sino que las partes se limitan a moverse dentro de la autonomía privada que les provee el ordenamiento a la hora de contratar, por lo que la inexistencia de un marco de responsabilidad de las partes contractuales de la franquicia genera un vacío legal y jurídico que eventualmente podría conducir a la sociedad a caer en estados de abuso de derechos o desequilibrios en las cargas contractuales productos del contrato de Franquicia.

Varios estudiosos del tema han centrado su preocupación en analizar el régimen de responsabilidad en materia civil, producto de la costumbre mercantil de considerar que este acuerdo contractual única y exclusivamente posee efectos comerciales y civiles, por lo que el ámbito de lo laboral, pierde protagonismo y su análisis queda prácticamente en un segundo plano. Es por lo anterior, que en la presente investigación ha instalado su eje de curiosidad sobre la siguiente pregunta: ¿La ejecución del Contrato de Franquicia puede producir efectos laborales y escenarios de imputación de responsabilidad laboral al franquiciante y franquiciado?

La temática a tratar tiene su enfoque en el análisis de los efectos que provea el contrato de franquicia en el país y del régimen de responsabilidad al que se tengan que adecuar, además de indagar sobre la responsabilidad del mismo dentro de un sistema de afectaciones de carácter constitucionales producto del efecto irradiador de la Constitución Política de 1991. Por lo tanto, dentro del presente documento abordara un detallado estudio partiendo de un breve recuento histórico de la franquicia, siguiendo con la identificación de las diversas posiciones doctrinales acerca del contrato de Franquicia, concepto, nociones y su posición al interior del ordenamiento jurídico, además de analizar la relación que el contrato guarde con la costumbre mercantil nacional. Posterior a esto, seguirá el pertinente análisis de las condiciones laborales generadas por el contrato de Franquicia, del clausulado del mismo para desembocar en una rigurosa contraposición frente a los requisitos exigidos por el Programa de Trabajo Decente de la OIT y por el concepto de Trabajo Digno, de evolución constitucional.

Finalmente se revisara la posición del contrato de Franquicia, además se analizará el régimen de responsabilidad civil y laboral que pueda configurarse debido a las relaciones comerciales de la franquicia, para finalizar con un análisis de los efectos que genere en las relaciones interpartes en el país en materia laboral,

Es indudable que la presente investigación, al revelar el régimen de responsabilidad desde el análisis de los efectos del contrato de franquicia, servirá ampliamente a las personas naturales o jurídicas que se adhieren a un contrato de franquicia y permitirá profundizar sobre temas relativos a derechos de trabajadores de franquicias y a la exploración del régimen de responsabilidad laboral que se pueda generar en virtud de un contrato entre una persona natural con un franquiciante o franquiciado, puesto que la mayoría de estudios admiten la existencia de un régimen aplicable de responsabilidad dentro de lo civil, poniendo entre la espada y la pared al trabajador, sin posibilidad de obtener garantías laborales inmediatas.

Por lo tanto, lo relevante del presente estudio radica en la posibilidad de trasladar y aplicar efectos de la responsabilidad laboral a las relaciones de los trabajadores de las franquicias, asociado a conceptos defensores de las garantías laborales, tales como el contrato realidad y el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, sin que la atipicidad contractual de la franquicia y la autonomía de la voluntad puedan gobernar de forma absoluta todas las relaciones producto del contrato de Franquicia.

La presente investigación pretende una revalidación de los derechos del trabajador, desde la óptica constitucional y desde un noble ejercicio académico que se detallara a continuación.

Tabla de contenido

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS, ASPECTOS TEÓRICOS DE LA FRANQUICIA, CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA, EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN COLOMBIA	8
1.1. Antecedentes Históricos de la Franquicia.....	8
1.1.1. Nacimiento del sistema de Franquicia moderna.	11
1.1.2. A nivel nacional	12
1.2. Aspectos teóricos de la Franquicia	13
1.2.1. Noción y conceptos básicos.	13
1.2.2. Naturaleza Jurídica.....	15
1.2.3. Elementos de la Franquicia	18
1.2.4. Elementos esenciales del contrato de Franquicia.....	20
1.2.5. Clases de Franquicia	24
1.3. Regulación del Contrato de Franquicia en Colombia	26
2. CONDICIONES LABORALES DE LAS FRANQUICIAS Y LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA FRENTE A LOS REQUISITOS QUE EXIGE EL PROGRAMA DE TRABAJO DECENTE Y TRABAJO DIGNO DE LA OIT.....	30
2.1. Condiciones laborales de las franquicias	30
2.1.1. Contratista Independiente	33
2.1.2. Contrato de Prestación de Servicios.	35
2.1.3. El Outsourcing	38
2.1.4. Las cooperativas de Trabajo asociado	39
2.1.5. Problemas intrínsecos del Outsourcing.....	41
2.2. El Contrato de Franquicia – Cláusulas.....	43
2.2.1. Modelo de contrato de Franquicia para Colombia.....	45
2.2.2. Modelo de Contrato de Franquicia Internacional - Parámetros para formalizar un contrato de Franquicia.....	48
2.2.3. Obligaciones específicas.....	52
2.3. Programa trabajo decente y trabajo digno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT	57
2.3.1. Programa de Trabajo Decente de la OIT.	57
2.3.1.1. Crear Trabajo	58
2.3.1.2. Garantizar los derechos de los trabajadores.....	59

2.3.1.3. Extender la protección social.	60
2.3.1.4. Promover el dialogo social.	61
2.3.2. Trabajo Digno en Colombia.	62
2.3.2.1. La Dignidad Humana.	62
2.3.2.2. Principios mínimos fundamentales de la relación laboral.	64
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LABORAL Y LOS EFECTOS QUE GENERA EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN LAS RELACIONES INTERPARTES EN EL PAÍS EN MATERIA LABORAL.	77
3.1.1. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	77
3.1.2. Responsabilidad civil contractual	78
3.1.3. Otros tipos de responsabilidad contractual o extracontractual	83
3.2. Responsabilidad laboral en el contrato de Franquicia.	85
3.2.1. Relaciones encubiertas de Trabajo.	87
3.2.2. Relaciones triangulares de trabajo	90
3.3. Criterios para fijar el alcance de la responsabilidad laboral.	95
3.3.1. Caso español.	99
3.3.2. Seguimiento de la OIT al Caso Núm. 354 de Junio de 2009 en Colombia.	105
3.4. Efectos entre las partes en materia laboral	107
3.4.1. Principio de la realidad sobre la forma	111
3.4.2. Efectos derivados de la prueba de la relación laboral	114
4. CONCLUSIONES.	117
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	129

Lista de figuras

<i>Figura 1.</i> Modelo de Contrato de Franquicia para Colombia.....	45
<i>Figura 2.</i> Modelo de Contrato de Franquicia para Colombia	46
<i>Figura 3.</i> Crecimiento de las franquicias en Colombia Imagen tomada de http://www.masfranquicias.com/cifras-de-la-franquicia-en-colombia/	87

1. Antecedentes históricos, aspectos teóricos de la Franquicia, configuración del contrato de Franquicia, el contrato de Franquicia en Colombia

1.1. Antecedentes Históricos de la Franquicia

Antes de remitirnos a indagar sobre la formulación del concepto de franquicia, el contrato de franquicia como tal y como funciona o se aplica, es necesario hacer un barrido histórico acerca de la creación de la franquicia a nivel mundial, su origen conceptual y sus usos en la era antigua y moderna.

El concepto de Franquicia pese a que indicara un desarrollo joven en el plano histórico y económico del mundo, cuenta con antecedentes que se hallan en la profundidad de la historia. Hay autores tales como la Doctora María Cristina Alba Aldave, que ubican el primer antecedente de la Franquicia en la Edad Media, en la cual, por medio de la costumbre local, los gobiernos de la región otorgaban licencias en las que “[...] se concedía el derecho de mantener el orden civil, determinar y recaudar impuestos públicos, así como instaurar otros gravámenes especiales.” (Aldave, 2004). El término *Franquicia*, fue acuñado por primera vez al comercio por los franceses, durante la época medieval, *Franquicia* venia de del francés “FRANC” que significa libre y de “LE FRANCE” que en la lengua antigua francesa significaba un privilegio otorgado. Durante la época medieval francesa, el FRANCHER¹ se utilizaba de manera ambivalente, pues los privilegios que otorgaba este, se daban en primer lugar, en la recaudación de impuestos, servicio militar y derechos sobre la tierra y los sirvientes, mediante mandatos reales y la segunda,

¹ “Significaba otorgar mediante carta de franquicia, un privilegio, dar una autorización o abandonar una servidumbre.”

cartas de franquicia que otorgaban a particulares y comerciantes exenciones en las ferias o mercados en los pueblos. (Bermudez, 2002)

La franquicia entonces se instituye como una forma de control ejercida por los gobernantes de la época respecto a sus subditos, ya que avanzando por la edad media se encuentran evidencias que en Francia, la Franquicia era una palabra que servía para relacionar los acuerdos (que constituían permisos o derechos para el desarrollo de ciertas actividades y las relaciones entre ciudadanos y Estado) entre la corona y los ayuntamientos de las diferentes ciudades. Según la Doctora Aldave, a las ciudades que conseguían esta ‘*Franquicia*’ se les denominaba como “*Villa Franche*” (Aldave, 2004)

El concepto de Franquicia entonces comienza a desarrollarse más que todo por la realeza y siempre llevaba connotaciones comerciales, tal como sucede en el Concilio de Trento, en 1562, en donde se forja una reforma en la forma de captar los impuestos, otorgando licencias. Sistema que utilizaría la Corona Británica, quienes concedían un “derecho a desarrollar una riqueza personal, mediante una autoridad administrativa sobre áreas geográficas específicas” (Aldave, 2004). Posteriormente el concepto se extendería por el país británico durante el siglo XIX en el comercio de las regiones.

Actualmente se conservan cartas de franquicia del siglo XI consideradas como las más antiguas, que concedían poder y privilegios a caballeros y nobles con diferentes fines, como la repoblación de terrenos, fundación de ciudades que tuviesen interés económico político o estratégico para el reino, por lo que podríamos concluir que antiguamente la franquicia era constituida como una carta que proveía privilegios y derechos y que esta figura de franquicia se

relacionaba directamente con los conceptos de *Libertad, Exención y concesión*.² (Bermudez, 2002)

Hacia el Siglo XIX, el primer antecedente de Franquicia moderna con la compañía de maquinas de coser “*Singer sewing Machine Company*”. Esta empresa al verse sumida en la crisis por el exceso de demanda, crea una singular forma de distribución y venta, que consistía en el cobro a los vendedores de las maquinas de coser una cuota por el derecho a vender sus maquinas en determinado territorio. Estos vendedores se conocieron como concesionarios de la compañía y su modelo se conserva hasta nuestros días prácticamente intacto.

A finales del siglo XIX y principios del XX, la expansión de la franquicia en los Estados Unidos como sistema de distribución se ve impulsada, basicamente, por la Industria automovilistica con sus concesionarios y por la Industria de refrescos para embotelladoras. (Aldave, 2004)

El mismo destino tendria que sufrir la compañía General Motors, empresa que frente a los obstaculos de financiamiento en cuanto a la produccion y distribución, debieron seguir los pasos de la compañía Singer, instaurando concesionarios para poder sostenerse economicamente y evitar la quiebra. Finalmente, para cerrar el siglo XIX, aparece una de las empresas mas poderosas del planeta, cuyo éxito radica en la implementación de la figura de la franquicia como fuente de cooperación empresarial para aumentar las ganancias, aparece entonces COCA-COLA, empresa que para 1886 veia su nacimiento. Ya en 1989, dos inversionistas adquirieron los derechos para vender el producto ya terminado en todo el mapa estadounidense sin necesidad de

² Libertad comercial otorgada a los particulares, además de la libertad en la propiedad. Exención en materia tributaria y concesión de derechos y privilegios a nobles y caballeros con fines determinados para la corona, ítems relevantes para la franquicia medieval.

intervenir con el negocio inicial de Coca Cola, que eran las fuentes de soda, bajo una serie de condiciones en las que Coca Cola debía distribuir todo el líquido concentrado y dar soporte de publicidad, mientras que los inversionistas crean la primera embotelladora del mundo, dando lugar a la primera vez en la historia en la que se vendían subfranquicias por el éxito que representó esta figura para los franquiciantes iniciales. (Aldave, 2005)

1.1.1. Nacimiento del sistema de Franquicia moderna.

El nacimiento del sistema de franquicias como lo conocemos hoy en día se debe al surgimiento de McDonald's, empresa de origen estadounidense, que abriría por primera vez en 1948 en California, por los hermanos Richard y Maurice McDonald (Rodríguez & Mora, 2013-II) como formato de empresa común, cuyo atractivo fue instalar una *“ventanilla de servicio directo a la clientela (introduciendo el autoservicio en restaurantes) y que substituyeron al personal femenino que atendía[...]*” (Aldave, 2005)

Sin embargo, en años posteriores los hermanos McDonald deciden cambiar ciertos aspectos operativos y logísticos y otorgan los derechos sobre el uso de su marca a Ray Kroc, quien abriría en 1955 el primero Local de McDonald's Corporation, haciendo que esta se convirtiera en *“la mayor organización de servicio rápido del mundo basando su éxito en la filosofía operativa del sistema McDonald's: Calidad, Servicio, Limpieza y Valor”* (Historia de grandes éxitos, 2015)

Trece años después Kroc adquiere el poder total sobre la franquicia al comprar todos los derechos sobre McDonald's *“[...] y manteniendo, como era de esperar, la marca de los arcos dorados”* (Mosquera, 2010)

Se tiene entonces las anteriores como las primeras formas de adaptacion que tuvo el contrato de Franquicia y su expansión a nivel global a lo largo del Siglo XX.

[...] si bien las definiciones juridicas y demas desarrollos que han tenido lugar alrededor de esta figura no han sido uniformes, esto no ha sido un impedimento para que la franquicia se haya consolidado a nivel mundial y mucho menos se puede desconocer el gran auge que ha tenido, constituyendose como una de las formas mas innovadoras para conseguir la distribución efectiva de bienes y servicios alrededor del mundo. (Lecompte & Visbal, 2013)

1.1.2. A nivel nacional

En Colombia, la franquicia ha tenido un desarrollo silencioso que ha tenido varios baches sociopoliticos y economicos. Según el doctrinante Guillermo Bermudez “La inestabilidad politica y comercial, asi como una economia demasiado dependiente de sectores estrategicos como el turismo y el narcotrafico, hacen de Colombia un pais en el que no se dan las condiciones idoneas para el crecimiento del sector” (Bermúdez Gonzalez, 2002), sin embargo, y pese a las intromisiones anteriormente mencionadas para que la Franquicia fluctue de manera normal, pudo ingresar este novedoso sistema economico al pais.

Basicamente en el pais, han tenido el ingreso la franquicia alrededor de los años noventa. De acuerdo a la investigadora Ruth Gonzalez Mullet las primeras franquicias que se instalaron en el pais, han sido de carácter internacional tales como “[...] Pizza Hut, Dunkin Donuts, Domino’s Pizza, KFC, Subway, McDonald’s, Blockbuster, Serta, Heel Quick, Futurkids, Postnet y Mail Boxes, entre otras.” (Gonzalez Mullet, 2010)

Para la época de 1996, aparece la primera asociación de Franquicias en Colombia llamada ACOLFRAN, cuyo objetivo principal era divulgar los conceptos concernientes a la franquicia y gestionar sistemas de publicidad que permitieran acercar a los empresarios a la inversión, sin embargo y de acuerdo a la investigadora Gonzalez, de quien ya se ha hablado, la figura de la franquicia “[...] en el territorio colombiano entró en un gran retardo por las dificultades políticas y económicas que sufrió Colombia a finales de los años 90 y principios del 2000, debido al clima incierto para la inversión.” (Gonzalez Mullet, 2010)

Sin embargo, y gracias a la implementación de TLC’s en el país, la inversión extranjera se ha visto reflejada en la apertura de diversas franquicias a lo largo y ancho del territorio nacional, particularmente de franquicias de restaurantes de comidas rápidas, y esto como un aspecto notorio, ya que en las capitales nacionales podemos encontrar algunas de las franquicias que arribaron al país y se lograron quedar pese al variante sistema económico nacional.

Colombia, particularmente cuenta con algunas franquicias de origen nacional que han tenido gran éxito, “[...] siendo pionera Kokorico, seguida por Sandwich Cubano, Presto y Frisby, todas en el sector de comidas rápidas. En otros sectores del comercio surgieron franquicias como Totto y Azucar” (Gonzalez Mullet, 2010).

Ya explorada la parte histórica del presente documento investigativo, se procederá a identificar los aspectos teóricos de la franquicia.

1.2. Aspectos teóricos de la Franquicia

1.2.1. Noción y conceptos básicos.

La franquicia lleva consigo elementos intrínsecos, y por cómo se puede observar, su concepto

parte desde las raíces conceptuales de la Propiedad industrial, por lo que es menester realizar de forma primaria una aproximación hacia dicha relación.

De acuerdo al profesor Pablo José Quintero, la propiedad industrial “es una especie o modalidad especial de propiedad privada, la cual no es otra cosa que el derecho que una persona tiene para usar, gozar y disponer de los bienes objeto de ella” (Quintero, El contrato de Franquicia, 2012), y conforme a los parámetros de la franquicia, la relación subyacente entre la anterior y la propiedad industrial radica en la posibilidad de explotar económicamente bienes materiales o inmateriales. Por lo tanto, y por notar que los efectos de la franquicia encuentran sus raíces en los conceptos de propiedad industrial, cabe destacar que los elementos más importantes usados en el contrato de franquicia son las marcas, la enseña, y el Know – How, el ultimo constituido como un elemento indispensable para configurar el contrato de franquicia.

Conforme a la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, se entenderá por marca “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado” (CAN) y para el caso concreto de las franquicias la marca operara al interior de los derechos que el franquiciante otorgue al franquiciado, con el fin de poder realizar la identificación y/o distinción del producto o servicio a franquiciar. (Quintero, El contrato de Franquicia, 2012), así mismo, le permite al franquiciado explotar dicha marca por determinado tiempo, sin que lo anterior implique perdida del dominio de la marca por parte del franquiciante, en todo caso, el derecho sobre la marca se adquiere al realizar el registro.

En cuanto a la enseña, la superintendencia de industria y comercio la define como “un signo que siendo perceptible por el sentido de la vista sirve para identificar a un establecimiento de comercio.” Continúa indicando que la enseña comercial puede consistir en una serie de palabras, letras, números, dibujos, entre otros que permita identificar el establecimiento (SIC,

2015). Pesé a que parece tener semejanzas el concepto de marca y enseña, la superintendencia permite superar dicha confusión indicando que la marca permite la identificación del producto o servicio que se ofrece y la enseña identifica a la persona jurídica/empresario/Franquiciante – Franquiciado que ofrece el producto.

El elemento del Know-How se explicara más adelante, cuando se aborde el tema de las Elementos esenciales del contrato de Franquicia.

1.2.2. Naturaleza Jurídica.

Se presentan los siguientes conceptos para ilustrar de manera más profunda y desde diferentes puntos de vista el concepto de Franquicia.

- La franquicia es un sistema o método de negocios en donde una de las partes denominada franquiciante, le otorga a la otra denominada franquiciatario, la licencia para el uso de su marca y/o nombre comercial, así como sus conocimientos y experiencias (Know-how) para la efectiva y consistente operación de un negocio. (<http://www.oocities.org/>, 2012)
- De acuerdo al anterior concepto, la franquicia funciona como un método de negocios en la que se deriva una generalidad de licenciar el uso de la marca y el nombre comercial, además de transmitir el paquete de know- how. A partir de esta definición, una interpretación más profunda indicaría que solo puede existir una franquicia en este sentido, desconociendo otras formas desarrollo, es decir, la definición permite identificar, elementos centrales en las franquicias, por no decir que tiende a cerrar el concepto a otras posibilidades para la concepción de la franquicia.

- "Es un contrato que tiene por objeto la transferencia por parte de una persona llamada franquiciador, de bienes, servicios, propiedad intelectual e industrial y conocimientos a otra denominada franquiciatario, con el fin de que éste último los explote comercialmente bajo su riesgo empresarial, de acuerdo con las directrices e instrucciones que al efecto le son provistas por el primero" "Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquel en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de marcas o nombres comerciales al adquiriente, transmitirá conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica" (Gonzalez & Gonzalez, 1994).
- En esta definición se plasman diferentes formas de concebir una franquicia, pues la definición abre el espacio para la determinación de una franquicia de distribución, de suministro, de producción, contrato de Know-how, el uso de la marca, del nombre comercial, es decir, además de poseer los elementos esenciales, permite la ampliación de la cobertura del concepto hacia otras variables del concepto. Cabe anotar, que este concepto tiene una particularidad, al nombrar al contrato de franquicia, o entenderlo como un acuerdo meramente, con unas obligaciones que posteriormente se encuentran en el concepto.
- "Un método de colaboración entre un empresario franquiciador y otros empresarios, que se denominan franquiciante, los cuales son independientes del primero, tanto en el plano económico como el jurídico" (Bescos, 1989).
- En el anterior concepto, se encuentra que la franquicia puede ser concebida como un acuerdo. Para Bescos, el acuerdo se entiende como un método de colaboración entre el franquiciante y otros empresarios, es decir, entre los posibles franquiciados. Cabe señalar que para el autor existe un Franquiciador y un franquiciante. Para efectos del

presente trabajo, manejaremos los conceptos de Franquiciante, como el titular o dueño de la marca y franquiciado, quien adquiere el derecho de uso, explotación, entre otras actividades, de la marca y nombre comercial, bajo ciertos parámetros, visto desde la conformación de alguno de los diferentes tipos de franquicia.

La franquicia hoy en día es una forma de hacer negocios mediante la comercialización de bienes y servicios, pero lo que realmente interesa, es saber cómo la franquicia está configurada desde lo jurídico, por lo que se contextualizara el contrato de franquicia desde el marco jurídico nacional. Para proceder se debe tener presente la definición de contrato de franquicia dada por la Superintendencia de Industria y Comercio:

- El contrato de franquicia es el acuerdo de voluntades dirigido a la comercialización de bienes y servicios según el cual, una persona denominada franquiciante confiere a otra denominada franquiciado el derecho a ofrecer un producto o servicio por un tiempo determinado, bajo su nombre y su marca, a cambio del pago de un precio, transmitiéndole así mismo los conocimientos técnicos necesarios que le permitan comercializar determinados bienes y servicios.

Dicho contrato puede incluir la licencia de uso de un bien protegido por la propiedad industrial que bien podría ser sobre una marca, inscripción que se efectúa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, (según lo previsto en el artículo 273 de la Decisión 486 de 2000), siendo la oficina nacional competente en Colombia para efectuar dicha inscripción.³

- Se considera esta definición como la más idónea pues satisface todos los requisitos básicos, de acuerdo a las definiciones anteriores, además de señalar, que en la

³ Concepto de Contrato de Franquicia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

legislación proveniente de la SIC, la franquicia es configurada mediante un contrato, es decir, superando los parámetros de acuerdo o método de colaboración, amplía el campo para las obligaciones, la forma de constitución de la franquicia, la forma de explotación de la marca y el nombre comercial, entre otros, y todo protegido por medio de la propiedad industrial. Es importante que la franquicia en Colombia sea tratada como un acuerdo de voluntades que se dirija básicamente a la comercialización de bienes y servicios, es decir, la pluralidad de franquicias que se puede configurar a nivel nacional es muy amplia, porque ya no se está hablando solo de franquicias de Bienes, sino de franquicias cuya actividad sea prestar un servicio. Se podría pensar que no solo podrían operar en el país franquicias de restaurantes, que resultan las más comunes, sino otras, que presten únicamente un servicio.

1.2.3. Elementos de la Franquicia

La franquicia, para poderse desarrollar, se desarrolla a través de un contrato, tal como lo indica el Profesor Quintero, sus características son las siguientes (Quintero, 2012).

Bilateral: Para los intervinientes en el contrato de Franquicia, las obligaciones que nacen son recíprocas, es decir, el Franquiciante transfiere derechos al franquiciado, quien a su vez se compromete a cumplir con las condiciones para franquiciar en especial la del pago por la transmisión de los derechos, “implica una estrecha relación de interdependencia entre franquiciante y franquiciado” (Quintero, 2012)

Oneroso: La finalidad del contrato de franquicia es obtener una utilidad económica para ambas partes.

De tracto sucesivo: Su ejecución se da por determinados periodos, en ciclos continuos, constantes y periódicos. “Las obligaciones de las partes resultan pues diferidas y por ello es necesaria la periodicidad y la repetitividad de ellas para que el contrato se haga realidad” (Quintero, 2012)

Conmutativo: Se trata de obligaciones y cargas derivadas del contrato de franquicia que se creen equivalentes y reciprocas. Sin embargo el contrato de franquicia no puede considerarse del todo conmutativo, ya que en esta relación, que es bilateral, en efecto, existe una parte dominante.

Solemne: Presenta requisitos para su perfeccionamiento en virtud del código Civil y de comercio. “Estos hacen que el contrato de franquicia se presenten algunas formalidades, lo cual sugiere solemnidad en la franquicia” (Quintero, 2012). Sin embargo, no hace que el contrato de Franquicia pierda su carácter consensual como único requisito para celebrar y perfeccionar el contrato, así como sucede en otros contratos atípicos, afirma Quintero Delgado.

Intuitu Personae: La solicitud, el otorgamiento, la transmisión de derechos y todos los demás actos que se pretendan ejecutar para el desarrollo debe realizarse de manera directa y personal por las partes. “El acuerdo no puede por esta razón ser comunicado a los herederos o causahabientes del franquiciado si este fallece” (Quintero, 2012)

Principal: Destaca Quintero Delgado, que es un contrato principal conforme al Código Civil, en su artículo 1499, asumiendo que este subsiste por sí solo, sin embargo, aclara que la franquicia se convierte en un contrato de carácter principal en razón a que produce obligaciones principales y no de otra índole.

De adhesión a condiciones generales: Al decir de Quintero, este se refiere a un formato de expansión de empresa, el contrato de franquicia contara con cláusulas predispuestas a los cuales deberá adherirse el tomador, no obstante, el clausulado de un contrato si llegase a ser genérico o con “convenciones cuadro” es susceptible de negociación. Lo anterior hace parte de la uniformidad al establecer convenios para franquiciar.

De colaboración: El contrato de franquicia posee la característica del ánimo de colaboración entre las partes, sin embargo el Profesor Quintero Delgado indica que dicha colaboración es relativa, ya que los objetivos independientes de las partes pueden resultar inversos, sin embargo, la colaboración radica en la prestación de servicios asumidos en el contrato que permitan realizar la correcta transmisión de derechos por parte del franquiciante al franquiciado para operar sin que en ningún momento se comprometa el patrimonio del franquiciante en la cadena mercantil y/o comercial en donde se ejecute.

Atípico: Es un contrato atípico por no encontrarse previsto en la ley colombiana.

1.2.4. Elementos esenciales del contrato de Franquicia

Para continuar con el hilo conductor del tema, se deben revisar de igual forma que elementos se constituyen como esenciales para poder realizar un procedimiento que permita desarrollar el concepto de franquicia, sobre todo, desde el punto de vista de su aplicación. Se toma como referente “La guía UNIDROIT para Franquicias” que se deben aunar a lo anteriormente relacionado, ya que por tratarse de un instrumento contractual debe constituirse de manera armónica para permitir la plena ejecución de la franquicia.

El primer elemento a analizar, y por ende el más importante se trata de la existencia previa del sistema de negocio o marca que se pretenda franquiciar y la intención que se dé para conceder a otro (el franquiciado) “el derecho a utilizar el sistema” (UNIDROIT, 2005), intención que deja entrever que el contrato de franquicia es un contrato bilateral, conmutativo, de colaboración y en donde pierde protagonismo la autonomía de la voluntad de las partes, pese a que ya se ha dicho que el contrato de franquicia, por manejarse con parámetros internacionales trae consigo algunas cuestiones genéricas que afectan el clausulado, sin embargo, se sostiene que en virtud de su atipicidad, y el lleno de algunos requisitos se habla de que es un contrato bilateral aunque en esa bilateralidad exista una parte dominante y otra subyugada por las condiciones en que se prevea el desarrollo.

El siguiente elemento básico que se debe considerar tiene que ver con las características patrimoniales de las partes, ya que por tratarse de un tema netamente económico y empresarial, se habla de la puesta a disposición del Franquiciante en cuanto a la concesión de la franquicia a favor del Franquiciado quien deberá “invertir su propio dinero y asumir el riesgo” (UNIDROIT, 2005), ya que en la etapa de ejecución, pese a que se refiere a un contrato de colaboración no existe la posibilidad de comprometer capital ajeno, tanto del franquiciante como del franquiciado, en caso de que subsista una operación que no sea exitosa para alguno de los dos. Es decir, no se desprende una responsabilidad o una solidaridad en materia económica, sin embargo si pueden existir afectaciones directas siempre y cuando vengan desde la cabeza principal del negocio.

El KNOW – HOW: Volviendo al tema de la concesión, su efecto mayoritario será “el derecho a utilizar el sistema de franquicia” y por ende se desprende dos derechos que conllevará

dicha transacción. El primero de ellos será el derecho al uso del Know-How completamente, siempre y cuando corresponda a la propiedad del Franquiciante, así mismo, el derecho al uso de la marca y otros aspectos relacionados con la propiedad intelectual que lleve instalado el contrato de franquicia (UNIDROIT, 2005).

El Know-How es el elemento que “comprende los conocimientos relacionados con la producción de una empresa, gracias a los cuales puede penetrar al mercado y disfrutar de ventajas en el aspecto de la competencia” (Quintero, El contrato de Franquicia, 2012), por ende, esto es el conjunto de conocimientos que revelan los secretos de la experiencia de las empresas a través de los años, y que en otras palabras, enseñan los trucos necesarios para mantener cada negocio; Este secreto, conocido también como *saber hacer* o *Savour Faire* pertenece al Franquiciante y se trata de un conocimiento “práctico, específico, probablemente exitoso, reproducible y original de modo tal que una de las partes esté dispuesta a pagar por su utilización” (Loaiza, 2012). En este punto del contrato radica la tendencia del empresario a franquiciar un negocio, puesto que este conocimiento previo ya desarrollado por su correspondiente autor asegura que un negocio en el corto, mediano y largo plazo será sostenible, que producirá ganancias sí o sí.

Dentro del contrato debe quedar plenamente establecido cual será la forma en que transmitirá el “Know-How” el Franquiciador, sin embargo, el franquiciado debe realizar un examen previo sobre el paquete de conocimiento que pretende adquirir, ya que según el profesor Quintero Delgado, el Know-How debe contemplarse como algo original: el sistema debe ser auténtico y novedoso, conforme a su configuración desde el esquema negocial desarrollado; Transmisible, en el entendido de que el conjunto de pre-saberes y experiencias sean susceptibles

de fácil transmisión, es decir, que aquello que se va a transferir sea de fácil acceso a personal muy cualificado para el desarrollo del mismo; Indica además, que ese conocimiento debe ser actual, vigente y que contenga una fórmula comercial altamente efectiva que augure el éxito de la franquicia. (Quintero, 2012).

Al hacer la transmisión del secreto o fórmula comercial, el efecto esperado es la transferencia del denominado “Good Will”. Este concepto “alude al buen nombre, al prestigio que tiene un establecimiento mercantil o un comerciante, frente a los demás y al público en general” (SIC, 2001). Como se trata de uno de los pilares del negocio, este Good Will puede ser protegido en el contrato de diversas formas, fijando cláusulas como “Cláusulas de confidencialidad, Clausulas de no competencia, Clausulas de Reciprocidad o de Restricción del ámbito del uso” (Quintero, 2012) para evitar posibles actuaciones de mala fe, o fraudulentas por parte del Franquiciado.

El pago de regalías: Otro de los elementos básicos sobrelleva el contrato, tras acordarse la obediencia en el método de desarrollo de empresa impuesto por el Franquiciante, viene el acuerdo sobre el pago de regalías o compensación que exija el franquiciante por el uso de su marca. Según la UNIDROIT este pago puede referirse a “una cuota de entrada y/o cuotas periódicas, calculándose esto último normalmente como un porcentaje de la facturación realizada” (UNIDROIT, 2005).

Se precisa que dichos pagos pueden tratarse de una cuota de entrada para acceder a los beneficios que pueda brindar la franquicia y por otra parte se habla de cuotas periódicas, mejor conocidas como regalías de pago por servicios, o por adiestramiento, inclusive, se habla de pago de regalías por asesoría o auditoria, que pueden acordarse en el contrato como un pago periódico

mensual, anual o como desee establecerse. Según Lina Loaiza, investigadora de la Universidad ICESI de la ciudad de Cali, “Esos pagos o inversiones que debe asumir el franquiciado deben quedar previstos en el contrato de Franquicia con el fin de dejar expresamente consignadas las obligaciones que está contrayendo por el derecho a usar una marca y recibir un Know-How, acompañado de la respectiva asistencia técnica” (Loaiza, 2012)

Territorialidad: “Esta es una zona específica dada por el franquiciador para establecer los puntos de venta” (García & Aguilar, 2007). Lo anterior con el fin de garantizar que no haya competencia entre mismos dueños de una franquicia, por eso, esta es fijada como una cláusula de vital valor para el franquiciado dentro del contrato que establece expresamente que el Franquiciante no establecerá dentro de una misma área geográfica otro punto autorizado para franquiciar. De igual y siguiendo a García & Aguilar, en su investigación resaltan que la exclusividad debe “respetarse en forma precisa para evitar conflictos entre las partes, y en caso que esto no sucediera, puede ser causal de disolución de dicho contrato, con las implicaciones que esto genere” (García & Aguilar, 2007)

1.2.5. Clases de Franquicia

La variación de franquicias ha tenido un gran crecimiento, variación en la forma de concebirlas o de ejecutarlas. Sus diferentes clases permiten un enfoque diferente en cuanto a la producción, a la distribución, a su marketing o a su forma de funcionamiento a nivel interno y externo.

Para Abascal las franquicias pueden clasificarse de acuerdo a determinados criterios, que le darían prácticamente su forma de concepción, su naturaleza; Estos criterios son cuatro. El primero de ellos, se refiere a la producción en donde el franquiciante “es el dueño de la marca y el fabricante de los productos” (Abascal, 2003). El segundo, el criterio de distribución que

condiciona al franquiciante a que sea él, quien seleccione “la relación de productos elaborados por empresas que los distribuyen en los diferentes puestos de ventas que posean” (Abascal, 2003). El tercero, referente al contenido industrial, en cuyo caso, es el franquiciante, en función del clausulado derivado del contrato de franquicia, le da todas las *bases de acción y comercio* al franquiciado, es decir, le entrega el paquete de *Know-how* para su funcionamiento. La cuarta, que se refiere a los servicios, en donde el franquiciante le entrega al franquiciado *la fórmula que ha de caracterizar la eficacia a conseguir* (Abascal, 2003), por ende, el franquiciante le da tips al franquiciado en cuanto al proceso de oferta y demanda para la consecución de la eficacia de la franquicia, tal cual se haya producido en la inicial.⁴

Abascal en su obra *Globalización, Distribución y franquicia. Oportunidades de negocio ante el impacto de la mundialización*, cataloga las franquicias en cuatro grandes grupos, partiendo de los criterios de clasificación anteriormente mencionados. Estos tipos de franquicia son:

- Franquicia MASTER: En esta franquicia existe un franquiciado principal, que jugara un papel de intermediario entre el franquiciante y el franquiciado con el fin de desarrollar las funciones del franquiciado en un territorio determinado.
- Franquicia CORNER: Es donde se efectúa la venta de un espacio identificado acorde a la marca del franquiciante.
- MULTIFRANQUICIA: En este tipo de franquicia, lo que se busca es relacionar un grupo de franquicias en una misma cadena bajo la misma marca.

⁴ En la franquicia inicial, es decir, en la franquicia que tuvo éxito con esos ítems.

- **PLURIFRANQUICIA:** Aquí existen variedad de franquicias, con diferentes enfoques o roles y no presentan competencia entre ellas. Poseen una relación de complementariedad.⁵ (Abascal, 2003).

Esta clasificación presentada de manera superficial permite identificar de forma amplia y muy general los diferentes tipos de franquicia que se puedan presentar en el comercio, sin perjuicio de que existan otras clasificaciones mucho más especializadas.

1.3. Regulación del Contrato de Franquicia en Colombia

Ya se ha hablado que el contrato de Franquicia es un contrato “Atípico”, por lo tanto se podría inferir rápidamente que no se encuentra regulado al interior de las diferentes legislaciones nacionales. Sin embargo, el hecho de que sea considerado “atípico” no quiere decir que por ello la realidad comercial vaya a desconocer su existencia y aplicación cada vez más vigente al interior del país.

Los fundamentos constitucionales que dan viabilidad a la Franquicia se encuentran dispersos. El Artículo 333 de la Constitución Política de 1991, que reza lo siguiente: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”. Al existir este primer postulado sobre la protección de la actividad económica y la iniciativa privada, se deduce que en Colombia, siempre y cuando el objeto y la causa a Franquiciar se encuentren vigentes, sean legales y no vayan en contravía a la Constitución, gozaran de

⁵ Clasificación de las franquicias, de Francisco Abascal Rojas

protección especial, así mismo comporta una serie de responsabilidades y obligaciones derivadas de las funciones derivadas del desarrollo de empresa.

El artículo 58 de la Constitución, indica que se garantizara la propiedad privada y por consiguiente todos los derechos que emanen de dicha entidad jurídica, sin embargo, esta podría verse privada en casos excepcionales y por motivos de orden público, caso en el cual, los intereses privados van a ceder ante los intereses generales. De lo anterior, se tiene que la propiedad podría tener diferentes ramificaciones sobre las cuales puede recaer la protección constitucional, por lo que la Constitución remite al Art. 61, en la que se establece que el Estado deberá otorgar protección especial a la propiedad intelectual conforme a las leyes existentes en el país. Lo anterior se anota, ya que la propiedad intelectual provee de elementos de suma importancia a la Franquicia, tales como la Transmisión del Know-How, el uso de signos distintivos, de marcas, transmisión y licencias de uso de las patentes que conformen todo el ramillete de elementos que puedan contener la estructura empresarial-productiva de la franquicia.

Esta protección de rango constitucional permite que las franquicias puedan desarrollarse plenamente en el país, pese a su atipicidad, siguiendo a Ruth González Mullet “La consagración de la autonomía privada y la protección de la propiedad intelectual a nivel constitucional sirven de base para el desarrollo legal de la Franquicia” (Gonzalez Mullet, 2010)

Entrando en materia de estudio de la legislación interna, se puede decir de antemano que la atipicidad del contrato no indica otra cosa, que no sea la inexistencia de regulación específica para la aplicación de las Franquicias, sin embargo, gracias a la antesala formulada por la teoría de la autonomía privada se puede asegurar que esta puede ser considerada como una garantía de corte constitucional ya que “se convierte en el principio virtual de la posibilidad de realizar

contratos. Esta posibilidad respalda entonces a los particulares que deseen desarrollar un contrato de Franquicia” (Quintero, 2012).

Siguiendo al profesor Quintero Delgado en sus apreciaciones, es prudente realizar una adhesión al régimen legal plausible para la ejecución de los contratos de Franquicia en el país, esto es, hacer remisión al Título XII, del Libro Cuarto, que trata de las Obligaciones en general y de los Contratos del Código Civil ya que este sirve de referencia en materia de contratos.

Así mismo, y recurriendo al concepto de la costumbre mercantil, es menester ubicarse en las normas estipuladas en el Código de Comercio, particularmente el artículo 4 del código que reza lo siguiente: “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles” (Quintero, 2012). Ya se ha hecho revelador que la franquicia al utilizarse frecuentemente y por tenerse en cuenta como una de las fuentes más importantes de las relaciones que se generan en el sector económico nacional. Es por esto que se convierte su práctica en costumbre mercantil por tratarse de una actividad legal, uniforme, publica, reiterativa y vigente en el ordenamiento, por lo que reúne los requisitos que el artículo 3 del Código de Comercio invoca en cuanto a la fuerza normativa de la costumbre: “La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella” (Codigo de Comercio Colombiano, 1971)

Adicional a las anteriores existen normas de carácter internacional que se encuentran reconocidas en Colombia y que guardan concordancia con la materia de estudio, que son las siguientes:

- Decisión 486 de 2000 – Comunidad Andina de Naciones: Como el contrato de franquicia conlleva una concesión de marca, es necesario tener en cuenta la normatividad que regula este procedimiento. Por ello, resulta aplicable esta Decisión, especialmente el artículo 162, relativo a la licencia de marca.
- Guía para los acuerdos de Franquicia Principal Internacional de UNIDROIT.

2. Condiciones laborales de las franquicias y los contratos de franquicia en Colombia frente a los requisitos que exige el programa de Trabajo Decente y Trabajo Digno de la OIT

El presente capítulo se dividida en dos partes, la primera que obedecerá a las condiciones laborales de las franquicias, las diversas formas de contratación que puedan ser aplicables al contexto colombiano, además de analizar la estructura del contrato de franquicia en cuanto a las cláusulas que en general, lo puedan conformar. La segunda, se remitirá al análisis del programa de Trabajo Decente de la OIT y a la exploración del concepto de Trabajo Digno que se maneja en Colombia, con el fin de realizar una confrontación final sobre los posibles escenarios que puedan darse en cuanto al análisis de las condiciones laborales provistas por el contrato de Franquicia en su parte operativa y los requisitos que exige el programa de Trabajo Decente y todos los elementos del concepto de Trabajo Digno y como se ven materializadas en las normas y postulados jurídicos nacionales.

2.1. Condiciones laborales de las franquicias

Ya analizadas las nociones sobre el contrato de franquicia así como su origen y naturaleza jurídica, y suponiendo que la temática anteriormente descrita sea base suficiente para ahondar en una investigación como la que obedece al presente documento, tales como las diversas relaciones que puedan derivarse del contrato de franquicia, por lo que se entrará a estudiar ahora de qué forma se encuentra regulada la contratación laboral por parte de los franquiciados, ya que son estos quienes tienen la potestad directa de contratar el personal que entrara a ejecutar las funciones para que el emporio mercantil franquiciado pueda llevar a cabo su cometido, que no es otro que el de vender u ofrecer el servicio franquiciado adquirido.

Los contratos de franquicia por tratarse de una relación dominada por la autonomía de la voluntad debido a su atipicidad en el plano civil y comercial pueden pactar al interior del contrato la modalidad de contratación del personal, sin exclusión de las ordenes que determine la franquicia original para su contratación, evento en el cual puede revestirse una responsabilidad solidaria al momento de realizar reclamaciones de índole laboral, sin embargo, este tema se presentara más adelante.

El principio de la autonomía de la voluntad constituye un elemento fundante para la elaboración de contratos atípicos, caso para el cual, Colombia tiene plenamente adoptado dentro de sus lineamientos normativos y doctrinales este principio de carácter constitucional y legal, además de mencionar a la costumbre mercantil como una fuente de adopción para este principio y desde la cual las posibilidades mercantiles abren camino para que la atipicidad no se convierta en impedimento del uso de dicha figura. La costumbre al permitir la realización de un contrato atípico, materializando el principio de la autonomía de la voluntad, no hace otra cosa diferente que entregarle al contrato de Franquicia el carácter de típico social, es decir, se trata contratos “que no tienen regulación legal, pero que su uso social y repetitivo permite reconocerles como acuerdos vinculantes entre las personas por intermedio de otras fuentes formales del derecho como la costumbre y la jurisprudencia” (Vega Archibold, 2012)

Sin embargo, sectores doctrinales sostienen que por el principio de la autonomía de la voluntad, la carencia de regulación expresa en materia laboral en la contratación que pueda desplegar una empresa franquiciada podrían ocultar una relación laboral bajo otros supuestos de contratación, ya sea de índole civil o comercial, tal como lo expresa Cesar Carballo, argumentando que: “el contrato de Franquicia podría ser estimado, bajo ciertas circunstancias,

como instrumento para encubrir una relación de trabajo subyacente (simulación)” (Carballo Mena, 2001).

Dada la libertad que tienen el franquiciante y el franquiciado sobre la elaboración y perfeccionamiento del contrato basados en la libertad contractual que la ley colombiana les otorga, pueden dilucidarse varios asuntos de forma autónoma sin sujeción mayor a la ley, salvo las necesarias, pues, como ya se ha comentado en apartados anteriores, en casos de existir duda sobre que normatividad debe aplicarse o a cual deben ceñirse, se acude a las leyes complementarias o supletorias, es decir, a la legislación civil y comercial. Lo anterior en vista de que el contrato de franquicia se ve dominado por la autonomía de la voluntad y la libertad contractual bajo sus respectivos linderos.

Cabe por supuesto duda razonable sobre qué tipo de normas deben gobernar las relaciones laborales al momento de realizar los respectivos contratos para el personal que deba ejercer las funciones determinadas para la ejecución del contrato.

Se remite entonces rápidamente a la legislación laboral, dado que existen grandes vacíos sobre la normatividad aplicada, en el área laboral no iba a ser una excepción. Inicialmente se puede argüir que dada la libertad contractual de la que gozan las partes, las formas de contratación también suponen plena libertad en cuanto a que no existe una ley que obligue expresamente a una empresa a contratar personal bajo los lineamientos del Código Sustantivo de Trabajo (vigente) y las demás leyes existentes sobre contratación laboral, salvo que para realizar la contratación esta dependa exclusivamente de la subordinación, caso en el cual, la ley laboral será de obligatorio cumplimiento.

Ahora, es menester examinar cuales constituyen hoy en día las formas de contratación laboral modernas, diferentes a las establecidas en materia laboral, formas de contratación de las

cuales podría desprender un responsabilidad, invisible tal vez, pero cierta. Es el caso por ejemplo, que expone el profesor Carballo Mena, en su trabajo sobre franquicias, más precisamente en lo que se trae a colación a continuación:

La relación entre las partes del contrato de Franquicia, de otra parte, pudiere suscitar la aplicación de las normas laborales sobre los regímenes del intermediario o el contratista (artículo 54-57 Ley Orgánica del Trabajo), con lo que – eventualmente – se vería comprometida la responsabilidad solidaria e incluso patronal, del franquiciante respecto de los deberes asumidos por el franquiciado frente a sus trabajadores. (Carballo Mena, 2001).

Es por estas razones, que lo que se intenta exponer con la mayor claridad en esta sección del presente documento tiene que ver con esas diversas formas de contratación laboral, y aunque lo citado del documento del profesor Carballo tiene su injerencia en el derecho venezolano, bien puede resultar factible en la realidad colombiana, ya que hoy en día, las diversas formas de contratación laboral no son más que una excusa “legal” para sustraerse de varias obligaciones derivadas del contrato de trabajo, situaciones que pueden ser reconocidas en el futuro por un juez y en virtud del principio de la primacía de la *realidad sobre la forma*, tema que más adelante se analizará para realizar un empalme coherente con esta temática, al interior del tercer capítulo.

2.1.1. Contratista Independiente

Es una de las formas más usuales de contratación en el país, se encuentra cimentado en el artículo 34 del CST que reza lo siguiente: “Art. 34. 1. Contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros,

por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra el lo pagado a esos trabajadores. 2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.” (Codigo sustantivo de Trabajo, 1950)

Vista la figura, y haciendo una pequeña aproximación, se puede decir, que el contratista independiente, su estructura como tal, tiene muchas semejanzas con algunas particulares del contrato de franquicia, sobre todo en el apartado en que el franquiciante le otorga al franquiciado autonomía administrativa, técnica y operativa, características similares a las otorgadas al contratista independiente, sin embargo, este análisis debe ser desechado rápidamente si lo que se pretende es inferir que el franquiciado es un empleado contratista del franquiciante, puesto que esto desdibujaría completamente la esquema contractual de la franquicia. De igual forma, el artículo 34 en si es demasiado explícito y explicativo sobre los alcances de la figura del contratista independiente, sin embargo, es preciso hablar sobre la solidaridad que establece dicho artículo, por considerarse como el punto más relevante del mismo, puesto que “tal solidaridad no puede ser evitada vía cláusulas contractuales” (Gerencie.com, 2014), es decir, la responsabilidad laboral que se estructure no puede ser evitada por acuerdos entre las partes, y esto se hace en vista de que algunas empresas al firmar contratos de servicios con un contratista, lo que

pretenden es exonerarse de cualquier eventualidad posterior o durante la ejecución, es decir, solo buscan percibir el beneficio sin tener en cuenta que la ley establece una presunción en materia de responsabilidad solidaria, sin embargo también es preciso aclarar que “si la obra o labor contratada es extraña o ajena al objeto social de la empresa, no existirá tal solidaridad” (Gerencie.com, 2014)

Ahora, los beneficios claros de la figura del contratista independiente son económicos, ya que al realizar la contratación de esta forma se disminuyen gastos de carácter administrativo y de gestión de personal en el cual el objeto básico del mismo sea la consecución de una obra o la prestación efectiva de un servicio.

2.1.2. Contrato de Prestación de Servicios.

Como ya ha sido anotado en apartados anteriores, las Franquicias a nivel nacional suponen plena libertad contractual dada su falta de especificidad en el contrato a la hora de la selección del personal, salvo los requisitos impuestos por cada franquiciante y la obviedad sobre la existencia del elemento de la subordinación, que inmediatamente habría que remitirse a la contratación por la ley laboral y el contrato laboral propiamente. Continuando, en Colombia es usual el contrato de prestación de servicios, contrato de carácter civil y comercial, por lo que su análisis reviste una importancia estimable.

Un contrato de prestación de servicios de acuerdo al criterio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia y siguiendo el concepto dado por el Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara,

Un contrato de prestación de servicios era la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la

subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. (Sentencia C - 154 de 1997).

Así mismo, el contrato de prestación de servicios se sujeta a las directrices sobre el tema, que contengan tanto el Código Civil (cuando se trate de profesiones liberales) como el Código de Comercio (Cuando la obligación derive de un contrato mercantil). Y aun así no está plenamente identificado, pues en el Código Civil se tiene que el artículo del cual se desprende al noción de Contrato de prestación de Servicios es el Artículo 1495 que reza lo siguiente: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Codigo Civil Colombiano, 1873). De igual forma, se encuentra definido en el Capítulo IX, capítulo relativo al arrendamiento de servicios inmateriales (capítulo que de acuerdo a la doctrina es el que mejor podría definir al contrato de prestación de servicios), y de acuerdo al Concepto jurídico No. 289333 del Ministerio de la Protección Social: “Las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059” (Ministerio de la Protección Social, 2008). Lo anterior en cuanto a las disposiciones insertas en el Código Civil, y es denominado como Contrato de arrendamiento de servicios o de prestación de servicios, mientras que en el Código de Comercio, se encuentra normado bajo la figura del ‘Contrato de Suministro de Servicios’, en el artículo 968 que dice: “El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios” (Código de Comercio Colombiano, 1971). En la anterior definición, se habla del suministro de un servicio, de una prestación, aunada al concepto del código civil, que se trata de una obligación de dar,

hacer o no hacer, se puede realizar contratación bajo esta modalidad dependiendo del enfoque que se necesite, ya sea de tipo comercial o civil previo análisis de las necesidades de la empresa.

Ahora, es importante que se pueda esclarecer cuales son los elementos básicos y comunes dentro de dicho contrato, “son la ejecución de labores por parte del contratista y la remuneración a cargo del contratante, y la autonomía e independencia con que se actúa desde el punto de vista técnico y científico” (Perez Garcia, 2012). De igual forma, y siguiendo al doctrinante Miguel Pérez García, se debe entender que este contrato se debe aplicar para “la ejecución de labores basadas en la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona determinada materia” (Perez Garcia, 2012). Así mismo, vemos como el elemento subordinación se va diluyendo del presente concepto, puesto que la aplicación de este contrato reviste la necesidad de personal que pueda manejar independencia del empleador, por factores diversos como la experiencia y capacitación que tenga la persona.

Se debe resaltar, que de acuerdo a lo mencionado por el Honorable Magistrado Herrera Vergara de la Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia C - 154 de 1997, hay un apunte que causa revuelo, y que ha sido escenario de múltiples pleitos judiciales al mencionar que en el contrato de prestación de servicios, al empleado no se le puede imponer el elemento de la subordinación (elemento determinante para generar un contrato laboral), ya que si se decide contratar bajo la modalidad de prestación de servicios, no se le puede imponer a un empleado la carga de la subordinación, así como también, al empleador no se le puede imponer las cargas de pagos obligatorios dictaminados en el Código Sustantivo del Trabajo, por lo que el empleador puede evadir el pago de los aportes parafiscales y los pagos correspondientes a la Seguridad Social, puesto que en un contrato de prestación de servicios se centra la ejecución sobre la obligación para la cual ha sido contratada una persona, ya sea una obligación de dar, hacer o no

hacer algo, “mas no de cumplir un horario ni de tener una subordinación permanente, aunque en los dos casos, obviamente hay remuneración” (www.gerencie.com, 2015), por lo que la garantía con que cuenta el empleado contratado por prestación de servicios es su contrato y se debe ceñir a esto, por lo tanto no tendrá lugar a ninguna de las garantías proveídas por el CST, por no ser la normatividad aplicable. Sigue el mismo criterio el Profesor Miguel Pérez García, quien opina e ilustra sobre este tópico lo siguiente: “La prestación de servicios, debido a la naturaleza que reviste a la inexistencia de la subordinación propia de las relaciones laborales, se refiere a la ejecución de labores basadas en la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.” (Perez Garcia, 2012)

2.1.3. El Outsourcing

Pasando del análisis de una de las formas de contratación, tal como la prestación de servicios, se analizará otra de las modernas formas de contratación más usuales dentro del mercado laboral colombiano. El Outsourcing constituye una de las más modernas formas de contratación y una alternativa a la vía laboral usual. Se define como “la transferencia de parte del trabajo de una empresa a otra externa mediante un contrato de servicios. Es la contratación a largo plazo de procesos de un proveedor externo para conseguir mayor efectividad [...] Se trata de un crecimiento basado en la capacidad de concentrarse en aquellas áreas que contribuyen de manera directa al éxito de la compañía, a fin de que esta sea reconocida en los mercados y ofrezca productos o servicios con el sello de la excelencia” (Perez Caceres, 1995).

De acuerdo a lo anterior, el Outsourcing constituye la forma más idónea para flexibilizar la normativa laboral, ya que mediante la vinculación tercerizada de algunos servicios que no obedezcan al giro normal de la empresa se puede optimizar el rendimiento empresarial

concentrando sus esfuerzos en el desarrollo del objeto principal de la empresa. Sin embargo, esta forma de contratación se convierte en una actividad riesgosa para el empleador cuando no se alindera dentro de las especificidades normativas, como las que puede eventualmente ofrecer la Ley 1459 de 2010 que reglamenta la *‘Ley de Formalización y generación de Empleo’*⁶, por lo que las franquicias al momento de generar empleo desde la tercerización laboral debe tener sumo cuidado, porque como se ha venido desarrollando, si un empleado reúne los requisitos contemplados por el Código Sustantivo del Trabajo relativos al contrato laboral, estaríamos en presencia de una relación laboral encubierta. Sin embargo se advierte que la única posibilidad que pueda darse para que el franquiciado opte por realizar los trámites de contratación mediante el Outsourcing es que en el contrato de franquicia el franquiciante permita al franquiciado sub-franquiciar y otorgar a un tercero la licencia de explotación de la marca, de lo contrario, lo más usual sería que el franquiciado optara por la figura del contratista independiente para gestionar la selección del personal.

2.1.4. Las cooperativas de Trabajo asociado

En Colombia, es posible recurrir a figuras como las cooperativas de trabajo asociado, que son empresas especializadas en el tema de la tercerización ya que “en su objeto se contemplan aptas para labores que no requieran alta formación académica y profesional” (Moncada Lezama & Monsalvo Bolivar, 2000). Aunque este tipo de empresas hayan presentado cientos de inconvenientes, debido a que como lo indica Pérez García, “en muchas ocasiones han incursionado en diversas actividades que desnaturalizan, en la práctica, su relación con el

⁶ El objeto de esta ley, conforme al Artículo 1, es lograr la “formalización y la generación de empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas; de tal manera que aumenten los beneficios y disminuyan los costos de formalizarse”

trabajador cooperado y confunden su rol con el del trabajador asalariado, debido a la dificultad para diferenciar cuando estamos frente a uno u otro tipo de trabajador” (Perez Garcia, 2012).

La OIT ha establecido que debe entenderse por cooperativa de trabajo asociado, ya que en el artículo 2, de la recomendación 193 indica: “A los fines de esta recomendación, el termino cooperativa” designa una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común a través de una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática” (OIT, 2002). Ahora, se debe tener en cuenta uno de los signos más representativos de las cooperativas de trabajo asociado, ya que “estas organizaciones, que no tienen ánimo de lucro, asocian personas naturales que se vinculan de forma voluntaria por el aporte directo de su capacidad de trabajo” (Perez Garcia, 2012), y que por su ingreso naturalmente se vuelven autogestionarios, elemento que hace que se genere una distinción especial con las empresas actuales. Finalmente, el objeto social de las cooperativas de trabajo asociado es el de “generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno” (Decreto 4588 de 2006) y sus funciones estarán alrededor de “labores físicas, materiales, intelectuales o científicas, organizadas y desarrolladas por ellas en forma autónoma” (Decreto 4588 de 2006). En todo caso hace falta indicar que el trabajador asociado de una cooperativa “su trabajo se convierte en un aporte y no en un objeto del contrato” (Perez Garcia, 2012), es decir por tratarse de un socio, la relación básicamente se convierte en una relación societaria y no de tipo laboral. Ahora, el problema radica en el punto exacto en que esa barrera se rompe, y por azar aparezca el elemento de subordinación al interior de la cooperativa, lo que rompería el esquema establecido, y por ende, el tipo de vinculación mutaría, tal como lo expresa Pérez García, “el factor que diferencia el trabajador sujeto al régimen laboral y el trabajador cooperado o asociado, es el *derecho de*

propiedad que se manifiesta en que el socio cooperativo trabaja en su condición de miembro y dueño; mientras que el trabajador asociado lo hace en una relación de subordinación y es ajeno a la orientación y dirección de la empresa.” (Perez Garcia, 2012).

Es un presupuesto de las franquicias el querer contratar por fuera de las leyes laborales ya que la naturaleza del clausulado del contrato de franquicia y la misma ley no obliga a las Franquicias a contratar con la ley laboral, sino que al contrario, se configura laxa y permite la libre contratación ya sea desde el punto de la contratación civil o mercantil, sea cual fuere el contrato, pues ya queda a discreción del Franquiciado y a las necesidades que determine para su establecimiento de comercio.

2.1.5. Problemas intrínsecos del Outsourcing.

Se suma un problema a esta visión contractual, ya que por tratarse el Outsourcing de una flexibilización laboral en Colombia, las personas empleadas bajo este concepto y “de acuerdo a la Oficina Internacional del Trabajo, quedan excluidos del ámbito de la protección normalmente asociada con una relación de trabajo” (Hernandez & Nava, 2012)

Siguiendo a Hernández & Nava, en su artículo *Subcontratación: una relación laboral encubierta* se exponen diferentes factores de riesgo del Outsourcing entre los cuales se puede destacar la flagrante flexibilización laboral, el debate sobre los derechos colectivos y la naturaleza de la relación laboral.

En cuanto a la flexibilización, indican que es un trazado empresarial que “se aleja de constituir grandes concentraciones de mano de obra en organizaciones jerárquicas muy reglamentadas y reconocibles” (Hernandez & Nava, 2012) que permita introducir trabajadores

que no puedan gozar de beneficios y garantías laborales, sino que al contrario, se sustituye el pensamiento garantista por una espectro laboral más eficiente y productivo, tanto en utilidades para el empleador como para el empleado, ya que mediante cualquier otra forma de contratación que no sea de índole laboral, se pueden apartar de la obediencia a las leyes laborales y por consiguiente las empresas pueden prescindir de la obligatoria afiliación al sistema general de salud⁷ y pensión⁸ y de los pagos obligados por la ley, tales como los aportes parafiscales, las vacaciones⁹, primas anuales de servicios¹⁰, Auxilio de cesantías¹¹, entre otras.

Sin embargo, y aunque se ha tratado de comunicar por varias vías, tanto doctrinarias como por las vías internacionales, a través de la OIT, los fines del Outsourcing van hasta el punto de determinar que lo contratado por esta senda deben ser funciones que estén por fuera de la órbita principal del negocio, con el fin primordial que se puedan concentrar fuerzas en la explotación del objeto central de la empresa, sin embargo, cuando una empresa, por el simple hecho de contratar personal por esta vía, aun cuando el puesto a ocupar sea del nicho corporativo y además se encuentre frente a los tres requisitos que exige la ley nacional para configurar un contrato de trabajo, estaríamos en presencia de una relación encubierta desde el Outsourcing.

Otro problema considerable, es la ineficacia del principio de la estabilidad laboral, que a su vez, Hernández & Nava traen a colación, identificándolo como *conservación del trabajo* aduciendo que esta “pende de un delgado hilo, porque el empleador puede finalizar la relación laboral sin consecuencias indemnizatorias inmediatas” (Hernandez & Nava, 2012); Y es de esperarse que este tipo de terminaciones se den ya que el outsourcing, pese a que es una

⁷ Ley 100 de 1993; Art. 161 y ss.

⁸ Ley 100 de 1993, Arts. 10 y ss.

⁹ Código sustantivo del Trabajo, Art. 186.

¹⁰ Código sustantivo del Trabajo, Art. 306.

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo, Art. 249.

alternativa reconocida por el derecho laboral, no contempla garantías suficientes para un despido injustificado, o inclusive para alegar indemnizaciones cuando se trate de eventos derivados de la actividad laboral, como accidentes laborales, acoso laboral, entre otros. Es decir, la responsabilidad laboral que se derive de malas prácticas laborales no es posible declararla analizando simplemente el contrato, la única solución a este tipo de cosas solo será dable reconocerla en los estrados judiciales.

Ya analizados dos conceptos de contratación visibles en la práctica laboral y comercial de las franquicias que pueden ser vistos como alternativas para iniciar un contrato posterior a la selección de personal, es menester revisar el programa de Trabajo Decente y el programa de Trabajo Digno de la OIT, con el fin de confrontar las prácticas laborales actuales con las exigencias internacionales del trabajo, sin embargo, este tema se abordará un poco más adelante, puesto que para los fines estructurales de la presente investigación se continuará ahora con el análisis del contrato de franquicia en cuanto a su arquitectura, contenido y clausulado, para poder realizar análisis más sistemático en los apartados posteriores.

2.2. El Contrato de Franquicia – Cláusulas.

El contrato de franquicia estándar, cuyo formato varía de acuerdo a cada empresa al momento de tomar la determinación de hacer, ya que este no tiene unas directrices tan rígidas para su elaboración, con excepción posiblemente los que sugiere la UNIDROIT¹² en su guía para los

¹² UNIDROIT: International Institute for the Unification of Private Law (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado). Colombia aprobó el “Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado” hecho en Roma el 15 de Marzo de 1940, mediante la ley 32 de 1992. Obligaciones – Art. 2: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la ley 7a de 1994, el “Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”, hecho en Roma el 15 de marzo de 1940, que por el artículo

acuerdos de Franquicia principal internacional. A continuación se hará un breve repaso sobre el contenido general del clausulado de un contrato de franquicia estándar, es decir, puro y simple, sin las particularidades que establezca cada empresa al momento de franquiciar.

Se indica, que para iniciar el presente análisis contractual se tomarán como bases un contrato de franquicia modelo estándar en contraposición con algunos parámetros determinados en la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, documento de la UNIDROIT.

primero de esta Ley se aprueba, obligará definitivamente a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional.

2.2.1. Modelo de contrato de Franquicia para Colombia.

actualicese.com

Modelo de Contrato de Franquicia

Fecha de actualización: mayo 21 del 2015

Entre los suscritos, de una parte _____, mayor de edad y vecino de la ciudad de _____, identificado con cédula de ciudadanía número _____ expedida en la ciudad de _____, quien obra en nombre y representación de _____, que en adelante se denominará El Franquiciante, y por la otra _____, también mayor y vecino de la ciudad de _____, identificado con cédula de ciudadanía número _____, expedida en la ciudad de _____, quien obra en nombre y representación de _____ y quien en adelante se denominará El Franquiciado, hemos convenido celebrar el presente **Contrato de Franquicia**, conforme a las siguientes cláusulas:

Primera: Objeto. El franquiciante, propietario de la marca _____, registrada en la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el N° _____, concede el uso de dicha marca y todo lo que esta involucra (nombre comercial, emblema, modelos, diseños y know how) para ser explotada por el franquiciado. El punto de venta estará ubicado en _____ de la ciudad de _____.

Segunda: Derechos de entrada, uso de marca y producto. El franquiciante concede el uso de su marca y producto por la suma de _____ (\$_____). 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. En el evento de celebración de otro contrato de franquicia, no se cubrirán regalías.

Cuarta: Obligaciones del franquiciante. 1. Incorporar nuevos productos y mejorar la calidad de los existentes. 2. Permitir el uso por parte del franquiciado de los derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como la marca, el emblema, patente y productos. 3. Colocar a disposición del franquiciado las mercancías o inventarios que componen su surtido, o garantizar la puesta a disposición del mismo franquiciado las mercancías cuando no sean fabricadas por el franquiciante. 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 franquiciado en los campos técnicos, comercial, financiero, contable, fiscal y de gestión 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 solo 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 pactadas 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

Figura 1. Modelo de Contrato de Franquicia para Colombia.

actualicese.com

variedad para satisfacer las necesidades de la clientela. 11. Aplicar los precios de venta definidos por el franquiciante. 12. Utilizar los signos distintivos del franquiciante, mantener una política publicitaria y promocionar adecuadamente y 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. Registrar cada uno de los establecimientos o puntos de venta en la Cámara de Comercio con la razón social. 15. 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. El pago de impuestos, tasas, gravámenes, creados o a punto de crearse, derivados de uso de la marca en el local respectivo correrán a cargo del franquiciado.

Sexta: Terminación y prórroga. La duración del presente contrato será de _____ (especificar el período), contado desde el día _____ del mes de _____ del año _____. 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.

Séptima: Cesión de derechos. El franquiciado no podrá ceder el contrato, sino con autorización escrita del franquiciante.

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 la allí pactada, en cualquiera de los siguientes eventos: a) Insolvencia del franquiciado; b) Ineficiencia en la prestación de servicios de posventa, y c) Violación a cualquiera de las cláusulas del presente contrato.

Novena: Cláusula penal. Si cualquiera de las partes incumpliere una de las obligaciones a su cargo, deberá pagar a la otra la suma de _____ (\$_____) a título de pena derivada de dicho incumplimiento.

Décima: Cláusula compromisoria. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento, cuyo domicilio será _____ (lugar de ejecución del contrato), integrado por _____ (número de árbitros) árbitros designados conforme a la ley. Los arbitramentos que ocurrieren se regirán por lo dispuesto en el Ley 1563 del 2012, y por las demás normas que modifiquen o adicionen la materia. Las partes contratantes acuerdan someterse a decisión de árbitros o amigables componedores sobre las divergencias que surjan como producto del presente contrato.

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

(Nombre-Cédula)
Franquiciante

(Nombre-Cédula)
Franquiciado

Figura 2. Modelo de Contrato de Franquicia para Colombia

Se puede apreciar el contenido más genérico que pueda contener un contrato de franquicia en Colombia, que como ya se ha mencionado atraviesa las generalidades normales de

cualquier contrato, especificando cláusulas especiales tal como la cláusula primera, en la cual se establece la identidad del franquiciante y hace especial énfasis a cualidades que denotan especificidad como el nombre comercial, emblema, modelos, y sistema de *Know How*; así mismo, determina el lugar en el territorio en donde se instalara la franquicia.

En cuanto a la cláusula segunda, se determinan los derechos de entrada, es decir, el valor que deberá cancelar el aspirante a franquiciado para recibir la concesión del uso de la marca y todo lo que conlleve la misma; Lo mismo sucederá en la cláusula tercera, donde se fija el monto que habrá que generarse por regalías, inclusive la posibilidad de que dicha cantidad no exista a la luz del contrato.

Ahora, la cláusula tercera, que es la cláusula que cobra mayor importancia en el presente estudio, la referente a las obligaciones del franquiciante. En dicha estipulación, se puntualiza sobre las diferentes obligaciones del franquiciante, tales como la concesión del uso de la marca, la forma en la que se fijaran las políticas y estrategias de mercado que permitirán el posicionamiento de la marca, los estudios de mercadeo, publicidad, entre otras. En el núm. 5, de la tercera condición contractual, reza lo siguiente: *“Otorgar formación, adiestramiento y asistencia técnica al franquiciado en los campos técnicos, comercial, financiero, contable, fiscal y de gestión en la iniciación de la franquicia, y durante la explotación de las unidades de venta por el franquiciado”*. En el anterior ítem podemos ver, que el contrato a nivel nacional prevé que el franquiciante tendrá la obligación de prestar la ayuda para la formación, adiestramiento y asistencia del personal, una vez sea seleccionado por el franquiciado. Por lo anterior, el apoyo del franquiciante desde la perspectiva colombiana solo tendrá fines operativos, dejando al libre albedrío la forma de contratación, ya que, como es sabido, todas las empresas tienen su filtro para realizar la selección del personal, cuestión que eventualmente puede ser incluida por el

franquiciante dentro del contenido, no obstante, sin una obligación expresa y detallada dada por el legislador nacional, razón por la cual, la selección puede estar sujeta a directrices del franquiciante principal, pero no necesariamente se deberá establecer la forma de contratación.

La cláusula cuarta, sustenta las obligaciones en cabeza del franquiciado, que son las correlativas en contraposición a las instaladas en la tercera cláusula, sin embargo, se generan unas exigencias adicionales, tales como seguir las directrices impartidas por el franquiciante en materia de publicidad, estudios de mercadeo y su aplicación, la debida obediencia a las prohibiciones que rondan el Know How, normas de explotación, de gestión, de contabilidad, entre otras. Adicional, la especial referencia a la naturaleza que tendrá el franquiciado luego del uso de la marca, es decir, que no queda como un representante del franquiciante comercialmente hablando, sino que será el mismo franquiciado quien asumirá por su misma cuenta todo tipo de problemas civiles, policiales y administrativos que surjan de la explotación de la marca. He aquí, una de las formas de establecer la independencia comercial en la franquicia.

Finalizando el cuerpo contractual, se encuentra la forma en que se generara la terminación, la prórroga del contrato, la cesión de derechos, las causales de terminación anticipada, usualmente utilizada para rescindir el contrato por incumplimientos contractuales; la cláusula penal para lo inmediatamente anterior, y por supuesto la cláusula compromisoria.

2.2.2. Modelo de Contrato de Franquicia Internacional - Parámetros para formalizar un contrato de Franquicia.

La UNIDROIT, es una organización intergubernamental independiente, cuyo objetivo es “estudiar las necesidades y métodos para modernizar, armonizar y coordinar el derecho

internacional privado y el derecho comercial, en particular entre los Estados, así como formular los instrumentos de derecho uniforme, principios y normas para alcanzar dichos objetivos” (Cancillería de Colombia), por lo tanto se vuelve indispensable hacer el debido repaso a su documento en lo concerniente al tema central de este trabajo.

Dentro del mismo, hace un recorrido amplio sobre diferentes multilateralidades que puedan presentarse al momento de concebir la franquicia, tales como factores de riesgo, selección de las partes, probabilidades económicas, entre otras tantas disposiciones que pueden tomarse como un tema de estudio previo para intentar acceder a una franquicia, y por no ser tema de estudio en lo que atañe, se irá directamente a las recomendaciones sobre el contenido del contrato, es decir, la fase precontractual se obviara.

En el capítulo dos de la Guía, se informa sobre cuál es la naturaleza del contrato, previa consejo sobre determinar inicialmente si la franquicia constituirá el instrumento adecuado para realizar determinado acuerdo negocial, el alcance de los derechos otorgados y que relación se genera entre las partes. (UNIDROIT, 2005)

Sobre la redacción del contrato, se entenderá que esta debe ser “regulada por algunos documentos además del primordial contrato de Franquicia principal” (UNIDROIT, 2005) y para determinados países, se deberá realizar la redacción con relación a las “normas imperativas sobre formas contractuales que exigen que todas las obligaciones de las partes se establezcan en el propio documento contractual y sean personalmente firmado por ellas” (UNIDROIT, 2005)

Dentro de la cláusula de otorgamiento se deben definir los siguientes puntos:

- “Que activos se licencian al sub-franquiciador.
- El propósito para el cual los activos licenciados pueden ser utilizados.
- El territorio geográfico en el que dichos activos pueden ser utilizados.

- Cuando y/o durante cuánto tiempo puede el sub-franquiciador utilizar dichos activos.
- El grado de exclusividad dado al sub-franquiciador (i.e. la medida en que se restringe o prohíbe a otros la utilización de los activos licenciados en la misma manera y territorio”. (UNIDROIT, 2005)

Revisando la cláusula de otorgamiento, en la sección donde se integra el contenido relativo a la exclusividad, este punto recomienda la guía, debe ser estudiado muy minuciosamente, primero, por la necesidad de alinderar cualquier tipo de limitaciones o exclusiones sobre la exclusividad. En este punto, surgen las limitaciones o facultades reservadas al franquiciante principal, facultad que en ningún momento se entenderá bilateral entre las partes, ya que son decisiones que toma el franquiciante para aplicar en su cadena de franquicias, tales como “el derecho a incorporar nuevas marcas y logos al sistema; el derecho a utilizar y licenciar las marcas a otros para diferentes usos; el derecho a modificar el formato comercial, los procedimientos de dirección y los estándares”. (UNIDROIT, 2005), así como la implementación de nuevos sistemas para producción o distribución, sin necesidad de requerir la opinión de los franquiciados.

Así mismo, hace claridad la UNIDROIT que sigue existiendo la autonomía privada entre las partes para la confección del contrato, sin embargo habla de la posibilidad que tienen los franquiciadores de “exigir que su contrato de franquicia nacional modelo y estándares de sistema sirvan como elementos básicos en la relación” (UNIDROIT, 2005), pudiéndose argumentar que el contrato de franquicia no quede supeditado únicamente a directrices internacionales y eventualmente permite que la costumbre mercantil local cobre una importancia significativa, sobre todo para la ejecución contractual y negocial. Igualmente, el periodo de duración y formas

de renovación del uso de los derechos se pactaran de acuerdo a las conveniencias que cada una de las partes pueda tener. Es decir, puede existir renovación sucesiva, términos largos que admitan la expiración del contrato sin lugar a renovación en la cesión y uso de derechos, tal como se indica en la guía ya que “la expiración del termino del contrato de franquicia principal puede por ministerio de la ley dar lugar a la rescisión de los contratos” (UNIDROIT, 2005); Todo lo anterior, y para su debido caso sujeto a negociación, pues se debe acudir a “la observación de que la costumbres varían de país en país y de región en región” (UNIDROIT, 2005) y que de acuerdo a lo consignado por la UNIDROIT, lo que es visto como una buena costumbre mercantil en un país, puede que no lo sea en otro, sin embargo, y para el caso colombiano, por ser un país en vía de desarrollo, aplica las consideraciones del Instituto, que menciona “en algunos países, especialmente países en vías de desarrollo, en que se exige la aprobación de los contratos por las autoridades competentes, los acuerdos de larga duración pueden ser vistos favorablemente por dichas autoridades y pueden de hecho dar lugar a concesiones fiscales”. (UNIDROIT, 2005); Además, para la renovación también existen ciertos parámetros desde el punto contractual, ya que al interior del contrato pueden incluirse condiciones tales como:

- “Que el sub-franquiciador no se encuentre en incumplimiento de una obligación sustancial al tiempo de la renovación.
 - Que el sub-franquiciador haya observado y cumplido sustancialmente sus obligaciones durante el termino de contrato de franquicia principal-
 - Que el sub-franquiciador no tenga deudas monetarias al tiempo de la renovación.”
- (UNIDROIT, 2005)

Por lo anterior, se puede deducir, que la cláusula de renovación del contrato no es susceptible de aplicación conforme a lo relacionado dentro del Código Civil Colombiano, en su artículo 1687 y ss., que regulan la novación y sus diferentes modalidades, sino como ya se ha expresado anteriormente, dicha cláusula se regirá por normas de negociación y un análisis bipartita entre quienes hayan suscrito el contrato.

2.2.3. Obligaciones específicas.

Ya entrando al acápite de las cláusulas particulares de las partes en donde se establecen las obligaciones principales de cada quien, ya sea franquiciado, o franquiciante, en donde usualmente se hace una lista que enumera sus compromisos, y se desarrollaran en los siguientes párrafos.

- **Obligación de proporcionar información:** Se constituye como la primera obligación en ser firmada luego de la respectiva rubrica en el documento de franquicia. Se trata pues del deber del franquiciante de “dar toda la información con respecto al sistema de franquicia que podría necesitar [el franquiciado] para adaptarlo a las condiciones del mercado local y para comenzar el negocio” (UNIDROIT, 2005) . De la misma forma, el Franquiciante deberá conceder información sobre el sistema, su funcionamiento, manuales de operaciones, características específicas de los productos o servicios objeto de la franquicia, aspectos legales, técnicos y comerciales y económicos, aunque esta carga, usualmente es del franquiciado quien “a menudo habrá recabado esta información antes de entrar en negociaciones” (UNIDROIT, 2005)

- De igual forma, el contrato de Franquicia incluye una cláusula sobre la obligación por parte del Franquiciante de proporcionar información continua sobre “progresos relevantes del, y mejoras al sistema” (UNIDROIT, 2005). Lo anterior, concerniente a todo tipo de contribuciones y modificaciones que se le hagan al Know-How, como resulta obvio, ya que la transmisión de este saber hacer constituye una cláusula esencial al interior del contrato.
- Viene ahora la cláusula de “Formación”, en donde se esconde gran parte del secreto del éxito de una franquicia. La UNIDROIT indica que pueden existir dos tipos de formaciones, la inicial y la continua. La primera, se refiere a un estudio e implementación del sistema de franquicia, al igual que también se transmite un método técnico-comercial y un conocimiento sobre gestión y dirección efectiva de la red. Lo ideal de este entrenamiento inicial es sondear y enseñar cómo poner en operación estable la franquicia, sin embargo la UNIDROIT advierte que en la medida de lo posible “este Know-how se transcribiera en un manual del sub-franquiciador” (UNIDROIT, 2005). De acuerdo a lo anterior se establece, que esta capacitación primaria definirá el rumbo de la franquicia, puesto que en ella se transa una relación directa tripartita, entre franquiciante, franquiciado y Know-How, por lo que en el contrato se tendrá que definir lugar, idioma y forma de llevar a cabo el entrenamiento, además “el contrato debería también establecer claramente quien va a cargar con los costos que implica: en la mayoría de los casos la formación inicial será sufragada por la cuota inicial de Franquicia” (UNIDROIT, 2005) en todo caso, gastos alternos que deriven de la realización de dicho entrenamiento correrán por cuenta del franquiciado.

- En cuanto a la formación continua, al interior del contrato se puede fijar como condición que periódicamente luego de la formación inicial se practiquen “regularmente en el curso de la relación programas de formación adicional para el sub-franquiciador y/o sus representantes” (UNIDROIT, 2005). Se recomienda que este tipo de entrenamientos posteriores se realicen en el lugar de realización del futuro centro operacional y comercial lo cual permitirá “un contacto regular entre los empleados del franquiciador, y los sub-franquiciadores y las personas que ocupan cargos de dirección y ejecución” (UNIDROIT, 2005) lo cual puede que eventualmente haga que los programas de formación se vuelvan eventuales (en casos de modificación o contribución al Know-How) u obligatorios. Es plausible estipular cualquiera de las dos opciones dependiendo de la necesidad que se cree.

Es necesario anotar que el Franquiciante también puede advertir que una persona resulta idónea o no para el cargo que está siendo entrenado, tal como lo relaciona la UNIDROIT en el título ‘*III. Obligaciones que surgen como resultado de una formación infructuosa*’ que señala: “es posible que el franquiciador durante la formación inicial, o incluso durante la formación continua, venga a darse cuenta de que una persona que sigue el curso de formación es inapropiada para las tareas para las que él o ella este siendo entrenada” (UNIDROIT, 2005), caso en el cual el Franquiciante informara al franquiciado sobre dicho hallazgo, sin embargo, esto contractualmente hablando se relaciona como una facultad, ya que siguiendo la información suministrada por la UNIDROIT, y para generar la posibilidad de tener dicha potestad tendrá que generar una cláusula al interior del contrato que le permita tener tales atribuciones.

- En cuanto a la transmisión del Know-How, la UNIDROIT recomienda que este sea entregado en forma de manual al franquiciado, por lo que se puede estipular la forma de entrega y su enseñanza, que ya tendría que haber sido referencia en la cláusula de formación inicial y continuada. Los manuales “ilustran también al detalle la manera en que deben utilizarse las marcas del franquiciador y en que debe implementarse el sistema de franquicia” (UNIDROIT, 2005). Así mismo, este manual tendrá que sufrir ciertas modificaciones, ya que no podrá operar idénticamente la franquicia tal como lo hace en el país de origen, teniendo en cuenta que cada sociedad mantiene culturas y costumbres diferentes, por lo que el franquiciado bien podría exhortar al franquiciado a que identifique gustos, costumbres y comportamientos que permitan al franquiciante proteger su franquicia y consolidar un proyecto negocial que asegure un resultado empresarial esperado, en otras palabras, “tales cambios y adaptaciones para mejorar las posibilidades de éxito del sistema de franquicia en el país anfitrión” (UNIDROIT, 2005)
- La cláusula de la asistencia puede variar. Al igual que la obligación de formación, puede convertirse en una asistencia primaria o inicial y una asistencia posterior. En cuanto a la primera se tendrá desde la apertura del establecimiento, o inclusive desde las denominadas operaciones piloto. La asistencia se prestara en los planos administrativos y operacionales, aunque ya se haya debido desarrollar dicha instrucción durante la fase de formación inicial. La UNIDROIT dice que la duración y la extensión de la asistencia dependerá de acuerdo a la cuota inicial o canon de entrada cobrado por el franquiciante y que su ejecución podrá versar sobre temas de “la logística de la futura red, la planificación y establecimiento de la primera

operación piloto, incluyendo, cuando sea apropiado, la decoración interna, instalaciones, equipo, el establecimiento de las existencias, la contratación de personal y la preparación de una gran apertura” (UNIDROIT, 2005), sin embargo, y como se ha venido desarrollando a través del presente análisis, todas las cláusulas del contrato son negociables entre las partes, por lo que el tiempo de ejecución y la prestación de la asistencia pueden ser objeto de discusión contractual., incluso, si llegado el caso, esta deba convertirse en una obligación permanente durante la vigencia del contrato, configurándose así la *asistencia continua*.

- Finalmente pueden pactarse otros tipos de obligaciones, que derivan responsabilidad directa del franquiciador, tal como el suministro de mercancías, el monopolio de la publicidad de la franquicia y su promoción comercial¹³, la obligación de proteger la marca, Know-How y cualesquiera otros derechos de propiedad intelectual que puedan desprenderse de la marca y que en caso de un nuevo contrato de franquicia puedan afectar a los ya franquiciados. (UNIDROIT, 2005)

Ya revisado el contenido mayoritario y general de un contrato de franquicia tanto a nivel nacional como internacional y un brevísimo repaso sobre su clausulados se dará por finalizado esta primera parte del capítulo, por lo que se pasará a revisar los postulados de la OIT con

¹³ Sobre el manejo y monopolio de la publicidad en la Franquicia, la UNIDROIT indica que “La importancia de la publicidad para el éxito del sistema de Franquicia es tal que es natural que el franquiciador desee ejercer cierto control. Los principales objetivos de controlar la manera en que el sistema de franquicia se anuncia en el extranjero son primero, la estandarización global de la imagen del sistema de franquicia que se proyecta a posibles clientes, y segundo, la protección en los otros países de las marcas exclusivas (las marcas y otros derechos de propiedad intelectual similares) utilizados en el sistema de franquicia.” Pg. 98, Guía para los acuerdos de Franquicia principal Internacional – UNIDROIT.

respecto a las nuevas políticas de trabajo consignadas en los programas de “Trabajo Decente” y “Trabajo Digno”.

2.3. Programa trabajo decente y trabajo digno de la Organización Internacional del Trabajo – OIT

2.3.1. Programa de Trabajo Decente de la OIT.

Este segundo gran tema abordara todo lo relacionado con el concepto de Trabajo decente, un programa que se ha constituido como un emblema, un pilar de cualquier estatuto laboral en el mundo, cuyo propósito no es otro que el de “reivindicar” los derechos de los trabajadores en cualquier esfera social, concepto que fue abordado por primera vez y desarrollado por la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, en 1999 a través de su director general *Juan Somavia*, al realizar su reporte a la Confederación Internacional del Trabajo indicando que el mundo estaba contemplando la adaptación a un nuevo modelo económico, cuya característica principal consistía en una “inequidad en la distribución de las riquezas” que desembocaría en un periodo de inestabilidad por lo que “la orientación política, técnica y orgánica de la OIT tendría que adaptarse a los nuevos retos, y ese giro estratégico consistiría, justamente, en adoptar como objetivo principal promoción del Trabajo Decente” (PGN, 2010)¹⁴. Su objetivo central es promover oportunidades para hombres y mujeres, para que estos puedan conseguir un trabajo digno y decente en condiciones básicas, la libertad, la equidad, la seguridad y la dignidad humana. Indica la OIT, que el “Trabajo decente sintetiza las aspiraciones de los individuos

¹⁴ PGN, sigla para identificar la Procuraduría General de la Nación de Colombia.

durante su vida laboral” (OIT, www.ilo.org, 2015) para lo cual fue necesario desarrollar una agenda con cuatro tópicos a resaltar o como los determino la Organización, se trata de “*Objetivos estratégicos*”, que constituirán los pilares del programa de Trabajo Decente y que se contarán con un marco transversal, la igualdad de género.

2.3.1.1. Crear Trabajo

Este primer ítem apunta a realizar un análisis de “distintas condiciones relativas a la suficiencia de empleos de los países y la remuneración de los trabajadores” (PGN, 2010). Siguiendo el documento de la Procuraduría General de la Nación, el empleo que se analiza no limita ninguna categoría laboral, ya que de lo contrario, aplicar el concepto de trabajo decente a ciertos sectores sería insuficiente, desde su punto de vista doctrinal. Por lo tanto, este concepto debe abordar todas las modalidades de contratación, ya sean formales, informales, resaltando que incluso, se debería tomar como referente de estudio también el autoempleo. Así mismo, este objetivo estratégico cuenta con medidores, instituidos por Dharam Ghai: (i) Las oportunidades de empleo – determina aspectos como la oferta laboral de un país que permita satisfacer la demanda laboral del mismo. (ii) La aceptabilidad de la remuneración – Se trata del principal incentivo que empuja al ser humano a realizar una labor y tiene que ver directamente con la capacidad de la remuneración en cuanto a la disposición del mismo que le permita un nivel de vida estable para sí mismo y para su círculo familiar. Hace alusión a los dos conceptos de remuneración, en dinero y en especie. Sus medidores particulares son a. La tasa de pago inadecuado y b. La medida de la pobreza absoluta. (iii) Las condiciones de trabajo: Esta es una de las razones del porque se considera este, como un objetivo estratégico, y es que con este tópico, se pretende analizar qué cantidad de trabajo hay o fomenta el país, y que calidad tiene el proveído. Intervienen pues,

factores determinantes en la calidad del trabajo, como “Jornadas de trabajo, descanso, la existencia de medidas de protección a la salud ocupacional, entre otros.” (PGN, 2010)

2.3.1.2. *Garantizar los derechos de los trabajadores.*

Derechos de los trabajadores: Se concentran esfuerzos en identificar cada legislación particular sobre derechos de los trabajadores, es decir, busca remitir este apartado al cuerpo normativo donde se consagren las libertades, garantías y derechos laborales de los trabajadores, que así mismo, y siguiendo a Dharam Ghai, “el principal ámbito de operación de este componente del trabajo decente está en el campo normativo, así su reconocimiento y aplicación efectiva dependa más de la capacidad institucional y de los recursos que asignen los Estados a este fin” (PGN, 2010).

El objetivo que busca la OIT en este punto, es resaltar los derechos de los trabajadores dependen netamente de la gestión estatal en la protección de los derechos laborales y en el blindaje que ofrezca la normatividad vigente para poder reclamar y asegurar derechos laborales. Así mismo, encuadra los derechos laborales bajo un marco de derechos que indica la OIT, son indispensables para la consecución de los presupuestos establecidos en el programa, que son “la dignidad, equidad, libertad, remuneración adecuada, seguridad social y voz, representación y participación para todas las clases de trabajadores”

Así mismo, apunta a una reivindicación de los derechos de los trabajadores, tal y como se propone en el documento analítico desarrollado por la Procuraduría General de la Nación, que busca traer a colación *La Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo* de la OIT, aprobada en 1998 que contiene ocho convenios relativos a normas laborales, cuyo centro está en la revalidación de las libertades y derechos sindicales, derechos sobre

negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, el tema del trabajo infantil y una de las mayores conquistas de la humanidad a nivel laboral, la no discriminación e igualdad en el trabajo para hombres y mujeres. Los anteriores, todos convenios particulares de la OIT.

El CIJUS¹⁵ identificó los elementos que medirán este objetivo estratégico como una máxima para el trabajo decente que son los mencionados anteriormente y “los indicadores resultantes están referidos al trabajo infantil (número de niños desescolarizados y ocupados), a la discriminación laboral (principalmente mediciones de la participación y diferencia salarial por género), a la estabilidad laboral y al trabajo forzado” (PGN, 2010)

2.3.1.3. *Extender la protección social.*

Protección social: Se trata de uno de los temas más importantes, y con sumo atrevimiento se podría asegurar que es el punto central del programa de Trabajo Decente, ya que se habla de la reclamación más general. Su objetivo principal es poder garantizar a los trabajadores y a sus familias, que mediante el trabajo puedan asumir los riesgos naturales de la vida cotidiana, es decir, hablamos de “enfermedades, accidentes laborales ***(que corre por cuenta del empleador siempre y cuando sea en función de sus labores asignadas)****, la maternidad, la muerte, la vejez, el desempleo y la invalidez” (PGN, 2010). Se vincula como concepto central el Convenio 155 de la OIT sobre asuntos de Seguridad y Salud de los trabajadores con el fin de que sus postulados se materialicen y se pueda llegar a una reducción razonable de las causas que conlleven a deterioros de la salud, del cuerpo humano y de todo lo íntimamente relacionado con el ambiente, interior como exterior del sitio, la forma y la clase de trabajo. Así mismo, se trata de una directriz que

¹⁵ CIJUS, sigla utilizada para identificar al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes

* Negritas fuera de texto.

busca ser llevada a todos los Estados para que en todo tipo de trabajo se garantice el derecho del trabajador y su efectivo acceso al Sistema de Seguridad Social (Fondos pensionales, afiliación al sistema de Salud, Afiliación a Administradoras de riesgos profesionales y a fondos de Cesantías)

2.3.1.4. *Promover el dialogo social.*

Dialogo social: Implica la necesaria intervención de las partes que forman la relación laboral, es decir, apertura de campos para que cada quien exprese lo que crea conveniente acorde a sus intereses particulares y generales, sobre la visión de cada quien sobre el trabajo. Se predica una comunicación que fomente y aumente el dialogo social entre empleadores y trabajadores, se habla de mayor apertura y garantía para los sindicatos, que son quienes conformados debidamente representan los intereses de los trabajadores. La sociedad debe contemplar lo anteriormente expuesto como “una manifestación de la democracia que se expande hasta el ámbito del trabajo” (PGN, 2010). Para analizar su grado de influencia sobre el programa de Trabajo Decente, se tienen como factores todo aquello relacionado con el derecho de los sindicatos, las libertades sindicales, la cantidad de trabajadores integrantes de sindicatos, inclusive, se debe tener en cuenta “la frecuencia con que se presentan paros y huelgas”, como un factor determinante para su análisis. No obstante, se debe adjuntar como información conexa la efectividad de dichos derechos y eventos, de lo contrario estaríamos ante simples encuestas y números que sin el trasfondo de la realización de los derechos laborales y el grado de participación no sería otra cosa que un estudio plano sin profundización, y eventualmente un objetivo estratégico carente de todo respaldo y blindaje.

2.3.2. Trabajo Digno en Colombia.

De antemano hay que asegurar que el Trabajo Digno no es un concepto que se haya desarrollado en instancias internacionales, sin embargo, su raíz se haya en los presupuestos de dignidad humana que conlleva el concepto de trabajo a nivel mundial y por supuesto logra una mayor transformación con la expedición de las directrices del programa de “Trabajo Decente”. En Colombia surge la noción de “Trabajo Digno” a partir de la Constitución Política de 1991, en la que el trabajo adquiere una triple connotación, es decir, se configura el trabajo como un principio, como un deber y como un derecho.

El reconocimiento como principio tiene lugar desde el preámbulo, en donde se empieza a hacer alusión al trabajo como uno de los fines hacia los que propende la Constitución y luego, en el artículo primero cuando se señalan a la dignidad humana y al trabajo, entre otros, como fundamentos del Estado social de derecho. (PGN, 2010)

Como se puede apreciar, el Trabajo cuenta con la dimensión de principio y tiene inmediata relación con el principio máximo de la Constitución, que es la dignidad humana, y al hablar de esto, se debe dirigir el tema hacia dicha tesis.

2.3.2.1. La Dignidad Humana.

El concepto de la Dignidad Humana ha tomado una trascendencia importante en el país ya que hoy en día no solo como un “recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional elevado al nivel de fundamento del Estado” (Sentencia T 556 de 1998), por lo tanto, se trata de un término que busca generar un trato especial hacia el ser humano, que en palabras de la Corte Constitucional, debe ser “por el hecho de ser tal” buscando

en las demás personas recibir un “trato acorde a su condición humana” (Sentencia T 572 de 1999).

Por lo tanto, el trato digno hacia la persona se centra en su calidad y condición de ser humano y que se le debe considerar como “único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues la persona es un fin en sí misma” (Sentencia T 556 de 1998); Ahora, se debe tener presente que la dignidad humana constituye un pilar sobre el cual Colombia ha sentado sus bases y tiene un efecto irradiador en práctica y básicamente todas las actuaciones, legislaciones y situaciones que se deriven del Estado y de los connacionales. La Dignidad humana como principio “se vierte al interior de todos los derechos fundamentales que la reafirman dentro de nuestro Estado Constitucional y democrático” (Sentencia C 425 de 2005).

Ahora, el derecho al Trabajo está consagrado en la Constitución dentro del capítulo de *‘los derechos fundamentales’*, por lo que se asume que es considerado como un derecho fundamental, y no solo eso, ya que la constitución, al declarar que Colombia es un Estado social de Derecho, y dada su estructura y ubicación del derecho al trabajo, este adquirió una triple connotación, es decir el trabajo viene a ser considerado como “principio, deber y derecho” (PGN, 2010), y esto debido a que forma parte del preámbulo de la Constitución de 1991, en donde se establece el trabajo como un fin constitucional, así como es considerado un fundamento del Estado y finalmente al incluirse como derecho en la carta, en sus respectivos artículos 25 y 53 (PGN, 2010), en donde se estipula al trabajo como un derecho y una obligación social y finalmente en el artículo 53 de la carta, en donde se desarrollan todas las prebendas y garantías laborales de las cuales el colombiano gozará y que el gobierno deberá sustentar, tales como

garantías a la seguridad social, a las pensiones legales, a la verificación del cumplimiento de estamentos internacionales que permitan la salvaguarda de los derechos laborales de los colombianos, entre otras.

2.3.2.2. *Principios mínimos fundamentales de la relación laboral.*

Como ya se ha tratado, el trabajo permite que el ser humano pueda desarrollarse plenamente en todas sus esferas, tanto personales, sociales y familiares, por ende la Constitución le ha elevado al rango de principio, valor y derecho, es decir, el trabajo recibe ese llamado factor irradiador de la Constitución Política de 1991, más precisamente si deja entrever que la Dignidad Humana debe y deberá permear todos los ámbitos que circunciden la esfera nacional; Ahora, por esta razón, el trabajo aparece como derecho fundamental explícito en el artículo 25 que lo instituye de la siguiente manera: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (Constitución Política de 1991 de Colombia, 1991). Por esta razón el Trabajo adquiere sus condiciones de dignidad básicas ya que posee un sustento normativo que puede encontrarse por dos sendas constitucionales “Por un lado, a través de la referencia a la dignidad humana, que como principio fundante del Estado Social de Derecho debe reflejarse en todo el ordenamiento jurídico, y de manera concreta, sobre las distintas dimensiones del trabajo. Por el otro, acudiendo a la referencia expresa de los art. 25 y 53 de la C.P que dan muestra de la relevancia que la Constitución otorga a las condiciones en las que se desempeña el trabajo.” (PGN, 2010).

Ahora, los efectos o condiciones para considerar el concepto de Trabajo Digno, radican en la misma constitución, en los artículos ya señalados. La Corte Constitucional ha indicado en su elaborada jurisprudencia “que las condiciones que debían estar presentes en la relación laboral para poder afirmar que la misma se desarrollaba en condiciones dignas y justas (como lo ordena el artículo 25 C.P) eran las mencionadas en el artículo 53 de la Constitución” (PGN, 2010) y cumplió por lo menos con la intención de la OIT, que era considerar dichas condiciones para todos los trabajadores, universalizando así que las condiciones dignas y justas tengan un ejercicio coherente en el país.

A continuación, se verá con un poco más de profundidad y conforme a lo indicado por la Corte, las condiciones dignas del trabajo consignadas en el artículo 53 de la C.P de 1991.

Artículo 53: El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Negrita fuera de Texto)

Igualdad de oportunidades para todos los trabajadores: La igualdad se extiende para todos los trabajadores independiente de cual sea su labor u ocupación. De acuerdo a la Sentencia C 355 de 1994 de la Corte Constitucional, este principio ha sido desarrollado en el Convenio Internacional del Trabajo No. 111, cuyo objeto tiene que ver con la discriminación en materia de empleo y ocupación, así mismo también encuentra su sustento en el Pacto internacional de los DESC¹⁶ de 1966, que fue aprobado por el Congreso de la Republica de Colombia a través de las leyes 22 de 1967 y 74 de 1968 y ratificados en 1969, además de informar que estos son reconocidos por el artículo 53 y 93 de la C.P. de 1991 que servirán como instrumentos de interpretación y conformaran bloque de constitucionalidad. En dicha sentencia, se tratan varios puntos considerados centrales y son los siguientes. El primero de ellos tiene que ver sobre la materialización de la igualdad de oportunidades, esta se debe entender como “la misma disposición en abstracto frente a una eventual situación; es compartir la expectativa ante el derecho, así luego, por motivos justos, no se obtengan exactamente las mismas disposiciones, o los mismos objetivos” (Sentencia C 355 de 1994) . Siguiendo dicho análisis se deja entrever que

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, cuya entrada en vigor es del 3 de Enero de 1976, de conformidad con el artículo 27.

dado que todas las personas son iguales ante la ley (Artículo 13 Constitucional), es menester trasladar su rango de aplicación al plano laboral, y cuya realización de derechos e igualdades se dará, desde el punto abstracto de las garantías y prebendas, es decir, que todos gocen de la mismas oportunidades y que esta se vea traducida en el plano realidad, al revisar requisitos para la obtención de un trabajo, ascenso o beneficio. Por lo tanto se establecen dos tópicos de igualdad, la abstracta y la real. Un claro ejemplo se da en los empleos de carrera, en los cuales todos aquellos que sean aptos pueden optar por el empleo a través de concurso de méritos, pero solo quienes reúnan mayor cantidad de requisitos serán asignados a las plazas vacantes que se encuentren vigentes u ofertadas.

Remuneración mínimo vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de Trabajo: Se trata del salario respectivo, un derecho inalienable de las personas que debe ser equivalente al tipo de trabajo y a la carga laboral impuesta, que por supuesto será necesario su recibo en forma expedita y oportuna buscando así la satisfacción del empleado.

La Corte Constitucional aborda el tema de la siguiente manera: “El pago del salario tiene su razón de ser no solamente en el imperativo de recompensar el esfuerzo realizado en beneficio de los fines que persigue el patrono, según las reglas de su vinculación laboral, sino como elemental medio de subsistencia para el trabajador y su familia” (Sentencia T 166 de 1997, 1997). Por lo anterior se deducen tres cosas rápidamente: La primera, el salario naturalmente constituye la contraprestación necesaria para corresponder a la labor desarrollada, la segunda el pago del salario debe hacerse en tiempo correspondiente para garantizar la subsistencia del trabajador y tercero, no hacerlo constituye una grave violación a lo estipulado por el Artículo 25 C.P., en cuanto al trabajo en condiciones justas y dignas, por lo que el pago resulta una

contraprestación justa, además de garantizar la subsistencia del empleado, es decir, toca el plano de la vida digna, es decir, tenemos también envuelto el elemento del mínimo vital, que es para lo que se supone el pago del salario.

En cuanto al mínimo vital la Corte Constitucional ha dicho que este compone los “requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las exigencias más elementales del ser humano” (Sentencia T 011 de 1998, 1998)

Así mismo, el añejo Código Sustantivo del Trabajo, vincula al Salario como parte del triángulo elemental para identificar una relación laboral, tal como se consagra en el artículo 23¹⁷. Así mismo, el artículo 53 establece que este salario, debe ser actualizado año tras año en concordancia con la capacidad adquisitiva del conglomerado social con el fin de que se materialice efectivamente como una remuneración mínima vital que permita la satisfacción y subsistencia del empleado conforme a la economía nacional; De igual forma esta remuneración debe coincidir con las condiciones reales de trabajo de todos los trabajadores, y no estar sujeta a condiciones diferentes a lo que corresponda con el principio “Trabajo igual, Salario igual” y no a actitudes personales u otro tipo de actividades, tal como lo expresa la Corte: “en materia salarial,

¹⁷ Código Sustantivo del Trabajo: Artículo 23. Elementos Esenciales. Subrogado por el artículo 1. Ley 50 de 1990: 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. ***Un salario como retribución del servicio.***

si dos o más trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno o varios de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo” (Sentencia SU 519 de 1997, 1997)

Estabilidad en el empleo: Todos los trabajadores deberán tener por lo menos, una mínima noción de estabilidad en correlación al principio de seguridad, ya que como se ha dicho, el empleado depende de su trabajo para su subsistencia, sin embargo, este principio no es absoluto.

En sentencia C 023 de 1994, se trazan los límites de la estabilidad laboral de la siguiente manera: “La estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado como ya se ha enunciado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad” (Sentencia C 023 de 1994). Es por lo anterior que el Estado debe buscar generar una certeza sobre los vínculos laborales y una obligación de los empleadores de respetar las normas laborales para no caer en excesos y yerros que constituyan una violación a los derechos de los trabajadores tales como una interrupción abrupta del contrato impidiendo su sustento y el de su correspondiente familia.

Esta estabilidad laboral se ve reflejada en algunos ejemplos, tales como la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, la posibilidad de prórroga en un contrato a término fijo “siempre que al momento de la expiración del plazo inicialmente pactado subsistan la materia de

trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya cumplido efectivamente sus obligaciones” (Sentencia C 016 de 1998)

Ahora, es importante, para finalizar, traer a colación las consideraciones de Miguel Pérez de Acoset quien se pronuncia sobre la estabilidad laboral diciendo “que el concepto de estabilidad laboral bajo el cual un trabajador solo podía lograr su seguridad económica a través de la permanencia a lo largo de su vida en una empresa, debería ser reemplazado por un concepto de estabilidad rotativa. Reivindicar el concepto de estabilidad clásica sería mantener una actitud nostálgica frente a un pasado ya superado y cuyas características difieren sustancialmente de las nuevas condiciones de la economía mundial” (PGN, 2010)

Principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales: Tener un empleo y entender que en una relación laboral siempre existirá una parte más fuerte que la otra, tratándose de quien tiene los medios que normalmente es el empleador, hace que el Estado en su calidad de garante deba proteger a ese extremo menos fuerte de la relación laboral, por lo que establece que siempre deben existir un cúmulo de derechos que sirva como barrera para desarrollar la actividad laboral sin entrar en lesión de derechos.

La razón de esto se halla en la relación del trabajo con la Dignidad Humana, es por esto que “El Estado social de Derecho, que tiene como fin servir a la comunidad, no puede tolerar que el derecho al trabajo – que es de interés general-, se vea menguado por renunciaciones que el trabajador en estado de necesidad pueda verse forzado a hacer.” (Sentencia C 023 de 1994). Es por esto que se establecen una serie de garantías para evitar que el trabajo como ente social y como fin de realización del ser humano pierda seguridad jurídica. Por el contrario, el principio de irrenunciabilidad posee un fin ulterior y busca que se dignifique la vida, también “se apoya en el

mejoramiento constante de los niveles de vida y en la dignificación del trabajador” (Sentencia T 149 de 1995)

Lo anterior además permite asegurar con total franqueza que dichos derechos irrenunciables no son susceptibles de negociación, ya sea en etapa precontractual, contractual o post contractual, esto en vista de que existe “la imposibilidad constitucional de modificar las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador que tiene sustento en el carácter esencial de estos beneficios para la conservación de la dignidad humana” (Sentencia T 149 de 1995). Entre estos derechos se pueden destacar como irrenunciables el salario, las prestaciones sociales, el descanso obligatorio, el derecho a la pensión, es decir, todos aquellos derechos adquiridos que resulten ciertos e indiscutibles, por lo que ni siquiera procedería figuras como la transacción o la conciliación para evitar su desconocimiento, salvo que los anteriores sirvan como instrumento para garantizar la materialización de dichos derechos, es decir, cuando se intente conciliar o transar sobre derechos inciertos y discutibles.

Principio de situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho: Es la aplicación del principio “In dubio pro operario” que en síntesis es aplicar la condición más beneficiosa al trabajador en caso de duda en la aplicación de una norma frente a otra o “de una norma que admita variadas interpretaciones a un caso particular de un trabajador” (www.gerencie.com, 2016). Así mismo, este principio integra otro concepto que es el llamado principio de favorabilidad, que encuentra su reflejo en todo caso en el principio de In dubio pro operario, cuya definición constitucional indica que el “principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cual norma es más

ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla” (Sentencia C 168 de 1995).

Redondeando el concepto, la favorabilidad contiene las siguientes acepciones: Cuando exista conflicto de normas que provengan de diferente fuente formal o que se deriven de un mismo instrumento normativo formal se preferirá la que produzca efectos más favorables; y cuando exista una norma que admita variadas interpretaciones se buscara su aplicación con mayores efectos favorables para el trabajador. En todo caso y posterior al análisis correspondiente sobre interpretación y/o aplicación “la norma escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador” (Sentencia C 168 de 1995)

Principio de Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales: He aquí uno de los principios más garantistas de la legislación laboral y de toda la carta constitucional, puesto que representa una herramienta de defensa sumamente importante para demostrar que lo escrito en el papel no se acomoda a la realidad, permitiendo, dentro de un acto de justicia igualar las cargas reflejadas en caso real.

Para la Corte constitucional, la primacía de la realidad sobre las formalidades instauradas constituye todo un sistema garantía, ya que por tratarse la relación laboral de dos extremos, encontrando que uno de esos extremos representa la parte débil de la relación “bien podría aprovecharse por el patrono la circunstancia de inferioridad y de urgencia del trabajador y de urgencia del trabajador para beneficiarse de sus servicios sin dar a la correspondiente relación jurídica las consecuencias que, en el campo de sus propias obligaciones genera la aplicación de las disposiciones laborales vigentes, merced a la utilización de modalidades contractuales

enderezadas a disfrazar la realidad para someter el vínculo laboral a regímenes distintos” (Sentencia T 166 de 1997)

Garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario: El derecho a la seguridad social se erige como un derecho fundamental con doble evocación constitucional por tratarse de un derecho cuya violación atentaría directamente contra otro tipo de derechos fundamentales, por lo que el Estado debe registrar un sistema de vigilancia y cuidado para evitar evasiones de este derecho tan importante, no solo en lo laboral, sino social, ya que por medio de este se materializa un fin de la sociedad y de las personas, que es el bienestar general distribuido en diferentes derechos que adquieren consistencia por solo su reflejo; Tales derechos como la vida, la dignidad humana, la integridad física, la salud, el debido descanso y esparcimiento, entre otros.

En Colombia, que es reconocido como un Estado Social de Derecho “la seguridad social adquiere una trascendental importancia pues con ella se busca no solo la protección de la persona humana, cualquiera que sea su sexo, raza, edad, condición social, etc., sino también contribuir a su desarrollo y bienestar, con especial énfasis a las personas marginadas y a las de los sectores más vulnerables de la población para que puedan lograr su integración social” (Sentencia C 125 de 2000).

Por las anteriores razones, es que es posible deducir la importancia de que dicho derecho permanezca vigente en el entorno colombiano, es por esta razón que la Seguridad social “es un asunto que no solo interesa a los fines del Estado, entendido este como la Institución organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la

búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares” (Sentencia T 116 de 1993). La responsabilidad de la correcta ejecución, desarrollo y vigilancia del sistema de Seguridad Social estará en cabeza del Estado, y deberá buscar los mecanismos necesarios para que dicho derecho que es fundado como toda una institución del Estado sea salvaguardada, sin embargo “no se debe confundir el derecho a la seguridad social con el sistema de seguridad social. Claro que se compenetran porque el sistema está al servicio del derecho a la seguridad social. Ese derecho a la seguridad social, y dentro de ella la salud, es un derecho subjetivo y universal” (Sentencia SU 508 de 2001)

El derecho a la seguridad en Colombia se encuentra blindado a través del llamado Bloque de Constitucionalidad, pues este es reconocido en la Declaración de los Derechos Humanos en su artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (ONU, Pagina Web de la Organización de Naciones Unidas, 1948), en el Pacto DESC¹⁸, artículo 9: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (ONU, 1976)

El derecho a la Seguridad Social se compone de los siguientes elementos: Salud, Pensión y riesgos laborales. Se encuentra legislada en instrumento independiente, bajo el efecto irradiador de la Constitución en todas las normas del país, en la Ley 100 de 1993, cuya definición es la siguiente: “La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976.

procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.” (Ley 100 de 1993) Y que de acuerdo a lo establecido en la legislación nacional, este derecho se debe ver materializado y garantizado en general por el empleador.

Así mismo, se establece como mínimo que el trabajador pueda gozar de jornadas de descanso, puesto que necesita un espacio de tiempo considerable que permita un reposo, para evitar el desgaste físico excesivo.

Este es entonces el gran conjunto de principios y condiciones mínimas que debe abordarse dentro del concepto de Trabajo Digno, es decir, el artículo 53 constituye un marco necesario para que en el país se hable de este concepto, que ha sido una construcción necesaria para tutelar rápidamente los derechos laborales mínimos con que debe contar cualquier trabajador.

En cuanto a la diferenciación que se pueda presentar, ambos conceptos deben colegiarse como análogos y complementarios, es decir, el trabajo decente y el trabajo digno. En cuanto al trabajo decente se puede simplificar su concepto a “trabajo con derechos, y esos derechos pasan por el derecho de asociación, por el derecho a la negociación colectiva, y pasan por el ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo que incluyen el derecho a la huelga, a un trabajo bien remunerado, a la seguridad social, etc.” (PGN, 2010) y se debe sopesar dichos argumentos en armonía con lo instituido por el concepto de Trabajo digno, que es el concepto desarrollado de manera intrínseca dentro de la Constitución que acaba de tratarse, al referirse la carta a

condiciones dignas y justas “no implica que la utilización del concepto de trabajo decente sea una traición a lo que ordena el ordenamiento jurídico interno, pues este concepto recoge en esencia las garantías que hacen digna cualquier forma de trabajo” (PGN, 2010), lo que permite que las diferentes modalidades de trabajo en Colombia tengan sustento de validez y que además los trabajadores de las diferentes modalidades contractuales cuenten con el respaldo constitucional que le dan estas dos figuras, lo que permite la satisfacción de la comunidad en general. Es decir, se debe establecer un plano de convergencia de los conceptos y garantizar que pese a la informalidad laboral actual, se cuente con el mínimo de factores que garanticen un trabajo en mejores condiciones, para cumplir con los postulados constitucionales de la Dignidad Humana aplicados al derecho al trabajo y toda aquella normatividad desprendida del bloque de Constitucionalidad.

3. La Responsabilidad civil y laboral y los efectos que genera el Contrato de Franquicia en las relaciones interpartes en el país en materia laboral

Recapitulando, y con miras a la apertura del análisis del tercer capítulo de esta tarea investigativa, y recogiendo y sugiriendo al lector el debido cuidado sobre todo el material presentado, se hará la presentación de la fase final del trabajo, puesto que ya se ha analizado desde los cimientos históricos de la franquicia, pasando por su naturaleza jurídica, regulación y un juicioso estudio del contenido de un contrato de franquicia, se intentará explicar de la forma más adecuada la responsabilidad civil, la responsabilidad laboral y los efectos que se puedan derivar del contrato de Franquicia, sobre todo en aquellos aspectos que tienen que ver con su ejecución y puesta en marcha comercial.

3.1.1. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

La responsabilidad civil ha sido objeto de gran desarrollo tanto del legislador como del juez ordinario y constitucional, puesto que reviste uno de los temas centrales dentro de las relaciones interpartes en cualquier sistema normativo. Su finalidad, buscar el resarcimiento del daño con ocasión de la ejecución o no de determinada actividad originada, ya sea en virtud de un contrato o ante terceros donde no medie ningún vínculo y se produzca un hecho jurídico lesivo ya sea por infortunio o mala previsión.

La responsabilidad civil contractual, de acuerdo al profesor Valencia Zea es “aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato valido” (Valencia Zea, 1998), por lo que se trata de una obligación generada en una

fuerza de la fuente de la obligación, que por lo tanto solo produce efectos entre quienes suscriben la obligación, y resulta entonces un campo de acción limitado para quienes pretendan reclamar perjuicios derivados del mismo negocio jurídico.

Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual es definida como aquella “que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un hecho jurídico, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil” (Sentencia C 1008 de 2010). Estas dos tesis, constituyen para la Corte Constitucional una tesis dualista de responsabilidad civil y su sustento jurídico y legal se halla en el Código Civil en el Título XII, donde se regula la materia concerniente al Efecto de las obligaciones, artículos 1602 a 1617; y en el Título XXXIV, referente a la responsabilidad común por los delitos y las culpas, artículos 2341 a 2360, dentro de los cuales establecerá los distintos regímenes para la responsabilidad civil contractual y extracontractual respectivamente.

3.1.2. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual de acuerdo a la doctrina autorizada se moverá dentro del régimen del daño producto del incumplimiento obligacional que vincula a los sujetos que suscriben un acuerdo negocial. Tal como lo indica el profesor Tamayo en su obra, “Para que surja la responsabilidad contractual, se requiere que haya un daño proveniente de la inejecución de un contrato válidamente celebrado entre la víctima y el causante del daño” (Tamayo, De la responsabilidad civil, Tomo 1., 1999)

De acuerdo a lo anterior, y siguiendo la misma línea doctrinal, Tamayo indica que la responsabilidad contractual puede presentarse así mismo en tres fases del contrato definidas, tales como la responsabilidad en la fase precontractual, contractual y postcontractual. En la

primera, indica el doctrinante que se puede presentar casos de responsabilidad derivada de la fase precontractual en dos puntos, los daños causados por la no celebración del contrato y los daños precontractuales producidos pese a que el contrato si se celebró.

Daños causados por la no celebración del contrato: En este escenario se presentan los daños antes del perfeccionamiento del contrato, es decir, pueden presentarse daños antes de que el contrato inicie su ejecución, haciendo que se produzca una ruptura negocial que imposibilite el negocio jurídico futuro. De acuerdo al código de comercio, en su artículo 845, que establece los requisitos de la oferta o propuesta¹⁹, puede derivarse lo siguiente: “la responsabilidad del proponente será contractual si el destinatario de la propuesta la acepta dentro de los términos y condiciones previstas, pues la formación del contrato depende única y exclusivamente de la aceptación del destinatario” (Tamayo, 1999), por lo que en fase precontractual podría presentarse el anterior supuesto, sin embargo es menester analizar el caso en particular, puesto que se entiende que la oferta se configuraría siempre y cuando sucedan la comunicación de la misma al destinatario y la oferta reúna los requisitos contemplados dentro del artículo. Ahora, no quiere decir que el solo desistimiento va a generar responsabilidad y perjuicios a resarcir, pues puede haber retractación conforme a lo señalado en el artículo 863 del Código de Comercio, cuyo contenido invoca a la buena fe exenta de culpa en la fase precontractual para evitar indemnizaciones.

En todo caso, cualquier proceder que no se adecue a los apartados legales anotados anteriormente, e igualmente en casos por ejemplo, de adelanto de pago, entrega material del

¹⁹ Código de Comercio, Art. 845: La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer al destinatario.

objeto contractual, entre otras y se retracta la contraparte sin sustento calificado, tendrá que necesariamente proceder a realizar las indemnizaciones a que haya lugar, así mismo en “los casos de responsabilidad precontractual, la victima tiene derecho a cobrar la indemnización de todos los daños, incluido el lucro cesante, que se derive de dicha responsabilidad” (Tamayo, 1999)

Daños causados pese a la celebración del contrato: Se presenta cuando se ha principiado con la ejecución del contrato, y en todo caso, “la victima haya sufrido un daño cuyo origen no está en la ejecución de aquel, sino en la formación del mismo” (Tamayo, 1999). De acuerdo al profesor Tamayo, este tipo de escenarios se presenta en contrataciones que se adelantan verbalmente donde se establecen prebendas más beneficiosas que aquellas que realmente terminan siendo estipuladas en el contrato, o inclusive, no terminan siendo plasmadas en el mismo. Indica además, que en dicho caso, no existiría responsabilidad contractual, sino extracontractual, ya que la responsabilidad contractual deberá deducirse del documento contractual, pero si puede dar lugar a un escenario de responsabilidad civil extracontractual por todas aquellas condiciones logradas en negociaciones verbales que no fueron incluidas en el contrato, invocando “que esta fue inducida a error por parte del otro contratante” (Tamayo, 1999)

En el caso concreto de las franquicias, puede presentarse un tipo de responsabilidad civil contractual, derivada del instrumento negocial en los casos de “incumplimiento de la obligación de brindar información antes de celebrar el contrato o de dar instrucciones que permitan a la otra parte obtener el beneficio buscado en el contrato” (Tamayo, 1999); también pueden presentarse “manifestaciones de la responsabilidad, como son las que tienen que ver con el incumplimiento en la entrega de los manuales o en la concesión de las licencias para la explotación de los signos

de propiedad industrial” (Quiñonez, 2012); así mismo, incumplimientos derivados de la cláusula de formación y adiestramiento, que pese a que esta es una obligación que tiene que realizarse antes de la apertura inicial de la franquicia, no se puede entender como precontractual, debido a que esta obligación surge al perfeccionarse el contrato de franquicia, y además, porque del cumplimiento y buena labor de enseñanza dentro de esta cláusula dependerá en gran medida el éxito de la franquicia, por lo que su incumplimiento generaría daños, en la etapa contractual. Finalmente, es menester indicar que cualquier incumplimiento, imputable al Franquiciado o al franquiciante, durante la etapa contractual, en relación con sus cargas obligacionales instituidas dentro del contrato, dará lugar a la terminación inmediata del contrato, pues, como ya se ha venido diciendo, este es un contrato de cooperación entre las partes, entre las cuales se genera una balanza que produzca una armonía contractual, frente a la que cualquier desequilibrio generado por el incumplimiento, podría dar lugar a efectos lesivos, no solo para quien sufre el daño, sino para quien es el causante.

Responsabilidad en la etapa Post-contractual: En los casos en los que el contrato ha sido puesto en marcha y concluido en su totalidad, puede presentarse el caso de la responsabilidad civil derivada por el incumplimiento de una cláusula que regía para la finalización del contrato. Es el caso entonces en el que “una de las partes puede causar perjuicios a la otra mediante comportamientos que directa o indirectamente están relacionados con el contrato ya inexistente” (Tamayo, 1999). Se trata entonces del contexto contractual en el cual se produce un daño como consecuencia de la ejecución del contrato. Inclusive se plantea el escenario en el cual existen daños derivados por la inejecución del contrato, ya sea por su cumplimiento defectuoso, retardo o total incumplimiento, los daños producidos como tal producto del cumplimiento del contrato,

es decir, los daños que se irrogan al victimario producto del cumplimiento del contrato, presentado situaciones adversas no contempladas dentro del contrato. En cuanto al cumplimiento imperfecto, retardo o total incumplimiento, hay que analizar las tres situaciones de la responsabilidad que se van a generar. Para resolver esta duda, indica el profesor Tamayo, que se deben responder dos preguntas, la primera, ¿A qué se obligó el deudor?, y la segunda ¿El daño se deriva del incumplimiento de esas obligaciones?

Piénsese, por ejemplo en el caso del adiestramiento y formación inicial, como una cláusula completada y finalizada, pero no existe la entrega de manuales de operación por parte del Franquiciante. De igual forma se puede plantear otro ejemplo en la cual, se pactan cláusulas de formación inicial y formación o adiestramiento continuo, cumpliéndose la primera y generando un incumplimiento en la segunda; es por lo anterior que se puede asegurar que “si las obligaciones se hubieran cumplido sería imposible la existencia de algún daño contractual” (Tamayo, De la responsabilidad Civil, Tomo 1., 1999).

Ahora, un claro ejemplo de responsabilidad post-contractual, se presenta en el incumplimiento de la cláusula de confidencialidad, en la que se prohíbe revelar información clasificada por el franquiciante, caso que puede presentarse en la que el franquiciado por conciencia o por error, revela secretos relativos al Know-How. De igual forma, está el incumplimiento en la cláusula de exclusividad, sobre todo cuando se estipula exclusividad territorial, ya que como es sabido, la costumbre entre las franquicias es evitar instaurar locales en puntos tan cercanos a otros locales de la misma franquicia. Puesto que una de las metas corporativas constituye un buen estudio de mercadeo y territorio, de acuerdo a esto, se debe establecer la distancia a la que debe estar ubicado un local del otro, para evitar una pérdida considerativa de clientela, por lo que se establece la cláusula de exclusividad territorial, caso en que se incumpla, ya sea por el

otorgamiento del uso de la marca a otro franquiciado por parte del franquiciante, dentro del mismo territorio establecido para otro franquiciado, caso en el cual se generara una responsabilidad civil de tipo post-contractual.

3.1.3. Otros tipos de responsabilidad contractual o extracontractual

Ya se ha hablado de la responsabilidad que se puede presentar entre franquiciante y franquiciado en el escenario contractual respectivo, sin embargo, cabe hablar de otros tipos de responsabilidades que puedan darse en virtud de la relación franquiciante – franquiciado. Caso particular resulta ser la responsabilidad que pueda atribuirse al franquiciante por hecho ajeno y frente a terceros.

En cuanto a la responsabilidad del primer supuesto, indica Sergio Rojas, que pese a que existe una independencia comercial otorgada y condicionada dentro del contrato de cara al franquiciado por su actividad comercial, bien puede llegar a existir cierta responsabilidad por parte del franquiciante, frente a los clientes del franquiciado. Indica que pese a que “no existe relación contractual u obligacional alguna, de suerte que en el caso hipotético de responsabilidad del franquiciante ante terceros clientes del franquiciado por su hecho o culpa, la ya mencionada ausencia de vínculo obligacional entre estos, conduce a que dicha responsabilidad sea de índole extracontractual” (Quiñonez, 2012). Existe entonces la posibilidad que se presente un caso de responsabilidad de carácter civil extracontractual en virtud del vínculo obligacional que media entre Franquiciante y franquiciado, sin llegar al sobresalto rápidamente para decir, que por no media una relación ni tan siquiera comercial entre franquiciante y cliente (tercero) no podría ingresar el supuesto dentro de la institución de la responsabilidad civil. Según el profesor Marzorati, en estos casos “no puede perderse de vista que en el ordenamiento colombiano, con

influencia de la doctrina argentina y española, ha abierto el espacio para la contractualización de la responsabilidad en casos que son originariamente extracontractuales” (Marzorati, 2001).

En el país, y conforme al Art. 2347 del Código Civil, se establece la responsabilidad por el hecho ajeno, que transcrito dice: “toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” y que aquí no se debe predicar de dicho régimen que la imputación de responsabilidad deriva de un daño ocasionado por alguien que se encuentra bajo la tutela de otro, sino que se debe estructurar como “un régimen donde un sujeto se condena por una falta propia, cual es la omisión de un deber de vigilancia y control” (Quiñonez, 2012) que ocasiono que dicho tercero condujera un daño hacia otro. Esto podría llevar a pensar que solo podría imputarse responsabilidad por el hecho ajeno única y exclusivamente en los casos del artículo 2347 del Código Civil, sin embargo, Rojas Quiñonez dice que estos postulados no resultan una lista taxativa para imputar, por lo que “En esas medidas, se admiten otras hipótesis, siempre que las mismas cumplan con los presupuestos estructurales de este régimen” (Quiñonez, 2012) y que en esa medida se podría hablar de vínculos de subordinación o dependencia, casos en los cuales se establece cláusulas de vigilancia y cuidado de una parte con la otra y sus correspondientes derivados.

Como ya se ha venido explicando, entre franquiciante y franquiciado existe una relación de cooperación, que en la práctica supone una ruptura del concepto igualdad sobre el cual se erige el contrato, puesto que el Franquiciante, por ser el dueño de la marca y del Know-how, además proveedor de la información y otros tantos puntos lo convierten como la parte dominante, no obstante, el franquiciante se reserva la facultad de revisar e inspeccionar la gestión del Franquiciado, en calidad de supervisor de la ejecución; es aquí cuando hablamos de la cláusula

de vigilancia y supervisión de la actividad reservada única y exclusivamente en cabeza del franquiciante o el sub-franquiciante, cuando ha sido entrenado y autorizado para dicha labor y/o función. Por lo tanto, “al caracterizarse la relación entre franquiciante y franquiciado por la existencia de una obligación de cuidado y vigilancia del primero frente al segundo, es claro que esta se ajusta perfectamente al supuesto de hecho previsto”²⁰. Sin embargo, debe analizarse el caso en concreto y en su debido momento de existencia, puesto que la forma en que se ejecuten la vigilancia y cuidado por parte del franquiciante al franquiciado serán determinantes, ya que se puede caer en confusiones con la subordinación derivada del contrato, y en el grado de autonomía tanto comercial como administrativa que tenga el franquiciado. De acuerdo a esto es posible establecer qué tipo de responsabilidad podría generarse, y como ya se dijo, dependiendo del grado de intervención del franquiciante en la relación contractual, la responsabilidad será ya sea contractual o extracontractual, en grado de culpa presunta.

3.2. Responsabilidad laboral en el contrato de Franquicia

Ahora, en cuanto al tema de la responsabilidad laboral que se pueda generar dentro de una franquicia, se está en presencia de un tema que poca o nula intervención doctrinal y académica ha tenido al menos en Colombia, dada la complejidad de las relaciones mercantiles de las franquicias y su tan confidencial, pero tan desarrollado sistema de funcionamiento. Sin embargo, ahora se pretende hacer un pequeño acercamiento y tratar de dar luz a un tema que hoy por hoy se encuentra nublado socialmente, la contratación de empleados en las franquicias y la responsabilidad de estas frente a la sociedad.

²⁰ Refiriéndose al Art. 2347 del código Civil Colombiano.

Ahora, esta parte del presente estudio no pretende desarrollar cuestiones que resulten obvias, tales como la vinculación de trabajadores con sus respectivos empleadores, sino por el contrario se busca encontrar unas posibles salidas en torno a debates que puedan suceder dentro de las relaciones laborales que se vayan a dar entre franquiciante, franquiciado y sus empleados, independiente del vínculo con el cual se haya dado origen a la relación contractual. Es decir, se abordara la óptica de los efectos producidos por una relación de trabajo, y la responsabilidad que pueda derivarse, así como también se pretende relevar que tipo de régimen de responsabilidad es plausible aplicar.

Para iniciar de forma adecuada el presente apartado de este estudio, es menester corroborar una definición a la cual se pueda adecuar el análisis. El ministerio de Salud define la responsabilidad laboral como “la obligación económica (prestaciones sociales y asistenciales) mediante la cual los trabajadores están protegidos de las contingencias que se ocasionen con causa o con ocasión del trabajo, por accidente de trabajo y enfermedad profesional, que surge por la relación laboral o contrato de trabajo. Esta responsabilidad es la que el empleador debe asegurar a través de una administradora de riesgos profesionales” (www.minsalud.gov.co)

De acuerdo a la página web www.masfranquicias.com, las cifras en Colombia sobre el crecimiento de las franquicias, indica una dinámica de crecimiento en dicho sector, especialmente por la entrada de franquicias nuevas de origen internacional, cifras que constatan un aumento tanto en el nivel comercial, como por supuesto en el ámbito laboral.

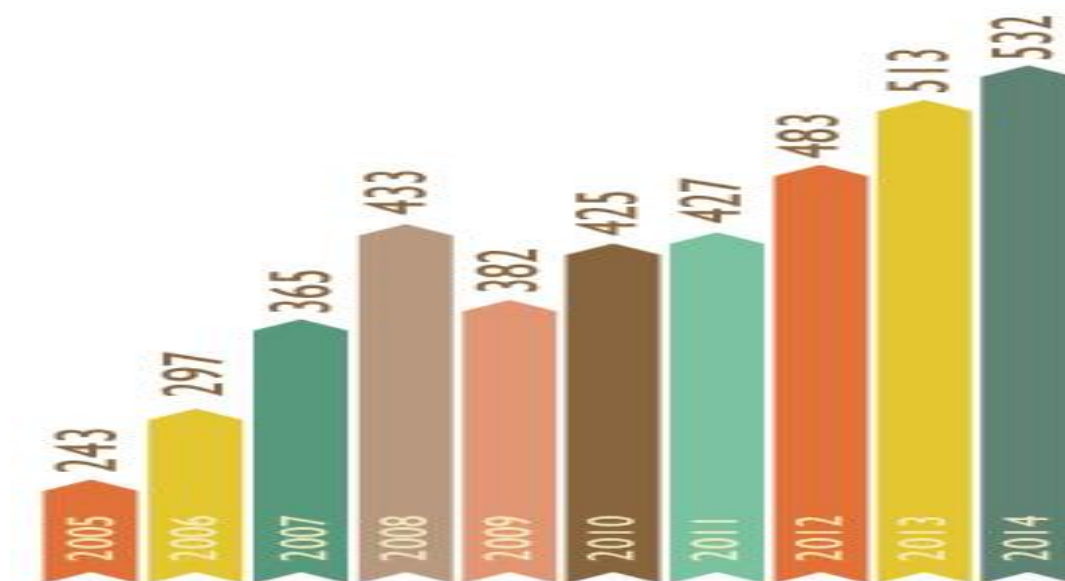


Figura 3. Crecimiento de las franquicias en Colombia Imagen tomada de <http://www.masfranquicias.com/cifras-de-la-franquicia-en-colombia/>

Como ya se venía señalando, las franquicias se han convertido en un importante sector generador de empleo a nivel nacional, convirtiéndose rápidamente en un baluarte de la economía nacional. Sin embargo, las cifras podrían nombrar y enumerar la cantidad de trabajadores, pero surge una incógnita, ¿Cuántos de estos trabajadores cuentan con un trabajo de calidad y no solo un trabajo? Para tratar de dar una respuesta a la pregunta anterior, se indagara sobre tres temas, que resultan relevantes para el presente, Las relaciones encubiertas de trabajo, las relaciones triangulares de trabajo y finalmente la responsabilidad laboral de los franquiciantes y franquiciados frente a sus empleados.

3.2.1. Relaciones encubiertas de Trabajo

Dadas las condiciones contractuales ya estudiadas, se encuentra que al interior del contrato, tanto

en su formato nacional, como internacional no es menester incluir la forma de contratación de los empleados para poner en funcionamiento pleno todas las actividades propias de la franquicia, por lo que la libertad para contratar ya dependerá única y exclusivamente del franquiciado, con la diferencia, de que la libertad en el proceso de selección está a disposición de perfiles que indique el franquiciante, cuyas características deben ser idóneas y correlativas al cargo a ocupar, por lo que el proceso de contratación finalmente obedecerá a estándares igualmente proporcionados por el franquiciante. Lo anterior puede anotarse como un ítem más dentro de la ya tratada cláusula de vigilancia, que se encuentra en cabeza del franquiciante.

De acuerdo a Barreiro y Rodríguez, las franquicias muestran una evidente huida a los estándares de protección social, y esta se evidencia en la forma en que la Franquicia “condiciona de tal modo la actividad de los trabajadores de la empresa modular o franquiciada (horario de trabajo, indumentaria, formación profesional, forma de atención al público) que evidentemente se produce una determinación de la relación laboral por parte del franquiciador” (Barreiro & Rodríguez), produciendo de esta forma una precarización del trabajo y sus condiciones. No se niega, en ningún momento del aumento y la capacidad para generar empleo por parte de las franquicias.

De igual forma, también ya se trató el tema de las obligaciones dentro del contrato de franquicia, de las cuales es importante anotar nuevamente, que el contrato de franquicia presenta “una subordinación técnica que consiste en el control por parte del franquiciante sobre la producción, venta, mercadeo, control de la calidad, entre otros aspectos relacionados” (Añez, 2015), lo que eventualmente puede generar una confusión con respecto a la representación patronal, puesto que, dada la subordinación técnica, anteriormente referida, hace que todo proceso, inclusive administrativo que tenga fuerte sujeción al contrato de franquicia, deba pasar

por la correspondiente aprobación. Por lo tanto, se puede afirmar que la relación comercial (contrato de Franquicia) de la cual surgen inmediatamente todas las demás obligaciones del contrato. Ahora, en el plano laboral, más precisamente de los empleados del franquiciado, se dice que hay “una relación de trabajo producto de un contrato o negocio comercial” (Añez, 2015), de los cuales, según Añez, los trabajadores no tendrían participación de los beneficios rentables de la empresa. Ahora, aquí se presenta una afirmación primaria, en cuanto a la representación patronal. Los trabajadores del franquiciado, pese a que no participan de los rendimientos económicos de la empresa, con excepción de su reconocimiento salarial, si contribuyen a la generación de ingresos directamente para el franquiciado, e indirectamente para el franquiciante. En otras palabras, “la utilidad patrimonial de la actividad profesional de esos asalariados repercute de forma inmediata y directa sobre su empleador formal (el franquiciado), pero de forma mediata se traslada a la empresa franquiciadora” (Barreiro & Rodriguez).

Carmen Añez, investigadora venezolana, plantea un problema con algunas empresas cerveceras del país vecino, al indicar que estas utilizan la figura de la franquicia con a modo de sustitución, es decir “sustituyen el concepto de distribuidor independiente por el de distribuidor bajo franquicia, ofreciendo la empresa matriz asesoría en comercialización a sus distribuidores licenciarios de franquicia” (Añez, 2015) con el fin de poder desentenderse de sus obligaciones como verdaderos patronos, puesto que bajo dicha figura mercantil evitan el pago de vacaciones, bonos navideños, los correspondientes pagos de seguridad social, en razón a que el marco de contratación ha sido el mercantil y no el laboral, es decir, una evasión de la realidad mediante un contrato de tipo comercial. Finalmente su investigación arroja una clara conclusión, al menos para el caso venezolano en la que dice que en Venezuela evitar el uso de contratos de carácter civil y mercantil “para retomar definitivamente las leyes que administran el aspecto laboral, y así

terminar con la realidad de empresas sin trabajadores, y de trabajadores disfrazados de empresarios que prestan servicios sin ninguna protección social” (Añez, 2015).

Ahora, sin ir a otras latitudes, es posible inferir que en el país este tipo de relaciones también se están presentado, dada la libertad contractual con que cuenta el franquiciado empleador, en cuanto a la selección del personal, haciendo hincapié en que este en ningún momento recibe como cláusula, la obligación de contratar bajo determinada modalidad contractual. Es plausible entonces, que este lleve su forma de contratación hacia figuras civiles, con el fin de optimizar la rentabilidad económica, evitando pagos obligatorios que se darían bajo un contrato de trabajo.

3.2.2. Relaciones triangulares de trabajo

Ha tomado una importancia importante el concepto de relaciones triangulares de trabajo en el mundo, por lo difuso que a veces resulta determinar en una cadena de jerarquía, quien funge como verdadero empleador o si esta noción resulta un derivado de varias relaciones que puedan surtir.

En un estudio realizado por la Organización Internacional del Trabajo sobre este tema tan trascendental socialmente, dice que “es mediante la relación de trabajo, independientemente de la manera en que se le haya definido, como se crean derechos y obligaciones reciprocas entre el empleado y el empleador” (OIT O. I., 2006). Así mismo, indica que mediante la relación de trabajo los trabajadores tienen su acceso efectivo a derechos y prestaciones sociales, tales como la seguridad social.

El mercado global, y las nuevas tendencias han hecho que la figura del contrato de trabajo se vaya desdibujando en el plano social, que últimamente obedece a criterios más de necesidad laboral que a cualquier otro indicador, haciendo que la exigencia de derechos tan sagrados como la seguridad social sea trasladado a un segundo plano por la necesidad de conservar un trabajo, o por la consecución de uno. Esta consecuencia no es un fenómeno netamente normal o natural desde lo jurídico, pues se debe a una bandera de las políticas estatales de varias naciones, resumidas en la llamada flexibilización laboral, la tercerización, la subcontratación y la aparición de nuevas formas de contratación amparadas bajo su correlativo marco normativo.

A raíz de esto, las relaciones laborales se han tornado un tanto ambiguas puesto que muchas veces se convierte en un caso de difícil interpretación lograr definir qué tipo de relación se ha establecido y cuál es la reglamentación y trámite por el cual deberá encausarse la relación laboral. Aparece entonces el término de relaciones triangulares para tratar de dirimir un poco el conflicto suscitado por este tipo de innovaciones. Para la OIT, este tipo de relaciones da lugar a casos diversos desde el plano jurídico, “se trata de trabajadores contratados por una empresa (la proveedora) que prestan servicios a una tercera persona (el usuario) a quien su empleador le provee mano de obra o le presta un servicio” (OIT O. I., 2006). Continuando, se indica en el informe de la OIT, que para los trabajadores, no representa mayor reto tratar de dilucidar su situación laboral vigente, el problema se ubica en identificar quien resulta ser su verdadero patrono. Inclusive, se plantea la posibilidad de que se intente disfrazar o encubrir una relación, de hecho, puede llegar a darse la situación en algunos casos de estructurar “una intención deliberada de disimular la realidad [...] bien puede haber la duda genuina acerca de si hay o no una relación de trabajo” (OIT O. I., 2006), por lo que la relación laboral entra a desarrollarse dentro de un

plano de incertidumbre, máxime en el campo de los trabajadores que conservan cierta autonomía en la ejecución de sus labores. En un ejemplo rápido, sucede en el campo de las contrataciones vía internet o en trabajadores a domicilio, formas de trabajo que según la OIT son difíciles de encajar en las formas comunes o ya estructuradas de una relación laboral, y que por tal razón su surgimiento se da, sin más reparos para responder a las necesidades laborales actuales.

Se presenta entonces el fenómeno de encubrir una relación de trabajo, una acción encaminada a “ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta” (OIT O. I., 2006), igualmente también puede darse dicho ejercicio con el fin de ocultar la identidad del empleador, es decir, busca distorsionar la realidad para evadir cargas obligatorias de ley en cabeza del empleador, ya que “cuando la persona designada como tal en realidad es un intermediario que libera al empleador de aparecer como parte en la relación de trabajo y, de esta manera, de la responsabilidad que debiera asumir ante su personal” (OIT O. I., 2006) .

Indica la OIT, que este tipo de actuaciones puede llevarse a otro tipo de encubrimiento, considerado como más radical, caso en que se pretenda lograr confusión sobre la naturaleza jurídica de un contrato mediante arreglos contractuales nacidos en las ramas civiles y comerciales, con el fin de hacer parecer que un trabajo se está realizando de forma totalmente independiente, es decir, y sin ir tan lejos en la explicación, en lugar de aplicar un contrato laboral, se utiliza una orden de prestación de servicios para el desarrollo de las labores contratadas, evitando así los gastos correspondientes que origina el contrato de trabajo, como ejemplo, en materia de prestaciones sociales. La OIT declarara que “el encubrimiento puede versar no ya sobre la naturaleza jurídica de la relación sino sobre la modalidad utilizada para establecerla. No desaparece la relación de trabajo, pero deforma su naturaleza la forma que se le

da” (OIT O. I., 2006), cuyo fin es poder amoldar un contrato para evitar que los trabajadores no puedan gozar de los beneficios que la ley otorga en virtud de un contrato de trabajo, lo que no es otra cosa que la privación de protección, “lo que sucede cuando el contrato de trabajo es aparentemente convenido por un periodo determinado, o para realizar una tarea precisa, pero luego es renovado repetidas veces, en forma sucesiva o no” (OIT O. I., 2006), haciendo que desaparezca la oportunidad de acceder una estabilidad concreta, es decir, violación a un principio del derecho laboral.

Es cierto que mediante la triangulación laboral crea empleo, eso es innegable, la cuestión a revalidar entonces es la calidad de trabajo. La OIT al formular dicha concepción del concepto de la triangulación laboral dice, que esta modalidad puede “crear una dificultad de orden técnico dado que los trabajadores interesados podrían hallarse ante dos (o más) interlocutores” (OIT O. I., 2006), formando la figura tantos empleadores como sea posible, dadas las atribuciones que estos puedan tener para determinar la relación. Esta dificultad se agudiza más aun cuando la figura de la intermediación toma protagonismo. De igual forma se agudiza en los casos derivados de los contratistas y las provenientes de las agencias de empleo, haciendo que el elemento de la subordinación, que hace parte del esquema básico para conformar un contrato de trabajo, se vuelva difuso, dependiendo de la incidencia de la empresa o persona a la que presta sus servicios; cabe aclarar, incidencia en cuanto disposición y manejo en las labores. La OIT dispone el siguiente efecto referente a las relaciones triangulares:

[...] en una relación “triangular”, cuando varias personas asumen esos papeles y funciones en forma separada o conjunta y pueden ser percibidas como el empleador, en cuyo caso el trabajador puede razonablemente entrar en dudas y hacerse la siguiente pregunta: ¿Quién es mi empleador? En particular, los trabajadores pueden no saber

exactamente a quien deben reclamar, por ejemplo, el pago de su remuneración o de una indemnización por accidente de trabajo, o si podrán presentar reclamos al usuario o beneficiario de su trabajo en caso de que el empleador directo haya desaparecido o sea insolvente. (OIT O. I., 2006)

Con esto tenemos de manifiesto, que el problema de la triangulación laboral no se queda nada más en el concepto de identificar quien realmente es el empleador, sino quien es el titular de la obligación de cumplir con los derechos a que haya lugar a favor del empleado. La ambigüedad que pueda surgir corresponde entonces a uno de los mayores enfrentamientos que pueda soportar *el principio de la realidad sobre la forma*. La OIT indica que para ciertos casos y en determinadas legislaciones se contempla la responsabilidad patronal entre quien contrata los servicios del empleado y la empresa beneficiaria, caso en el cual, el titular de los derechos se dividirá de forma conjunta en ambos, contratante y beneficiario de los servicios, por lo que las reclamaciones que puedan surgir se pueden dirigir hacia cualquiera de las dos personas y una responsabilidad subsidiaria, es decir, en caso de que el primer responsable, que bien puede ser el contratante no asuma sus obligaciones, responderá el beneficiario de la labor.

En todo caso, este fenómeno de la triangulación laboral abre una brecha de proporciones abismales, principalmente cuando los acuerdos contractuales que se utilicen disimulen mediante una ficción, la realidad que bien pueda resultar notoria o difusa, dependiendo igualmente de la manipulación o modulación establecida. Así mismo se está en presencia de una desprotección y descalabro a la seguridad jurídica de la sociedad, puesto que la desprotección de los empleados implica un daño social que se puede percibir en diferentes esferas de la comunidad.

Finalmente, la OIT indica que “respecto de las relaciones triangulares, el objetivo sería precisar el campo de aplicación de la ley para que los empleados sepan quién es el empleador,

cuáles son sus derechos y quienes deben responder por ellos” (OIT O. I., 2006), tema que por ahora es objeto de litigio y de los estrados judiciales, cada vez que se da una mala modulación contractual y se ven afectados derechos fundamentales de los empleados contratados bajo las nuevas modalidades de contratación.

3.3. Criterios para fijar el alcance de la responsabilidad laboral

Ya se ha puesto de presente, que adquirir la condición de empresario bajo la óptica de la franquicia supone fijar unos marcos para determinar la responsabilidad que pueda dimanar el desarrollo de las actividades propias de la franquicia. Estos marcos se alinderaran dentro de la responsabilidad civil sea contractual o extracontractual y puede ser entre las partes, ya sea por incumplimientos propios y derivados del contrato de Franquicia, como también puede presentarse la responsabilidad civil frente a terceros, al consumidor y naturalmente frente a proveedores, inclusive, intermediarios. Todos, de carácter contractual en su mayoría. Se puede decir entonces, que el ejercicio intelectual que suponga la determinación del tipo de responsabilidad habría que ponerlo a consideración dependiendo de la clase de incumplimiento y del hecho generador que dé lugar finalmente a una indemnización.

En cuanto a la responsabilidad laboral, sí existe un problema que se ha tratado de advertir a lo largo de esta investigación. Las nuevas modalidades de contratación que se encuentran en auge en el país han permitido que su indebido y excesivo uso desdibujen las garantías laborales que se desprendan de un contrato con tal de obtener una optimización económica y un mayor rendimiento económico mediante evasivas de carácter legal.

Para Carballo, la responsabilidad tendrá dos extremos por los cuales podrá obtener su determinación. Por una parte se encuentra “la circunstancia de que el franquiciado preste servicios personales en la órbita del negocio objeto de franquicia, lo que pudiere propiciar un conflicto en torno a la calificación jurídica del vínculo contractual” (Carballo Mena, 2001), es decir, el problema subyace del tipo de contrato utilizado, que pueda sustentar la existencia de una simulación para excluir el uso del contrato de trabajo y si, la utilización de un contrato de carácter civil o comercial para el desarrollo de sus actividades y que, debido a este acuerdo, se presente entonces la indebida utilización contractual. Se refiere además, a las figuras de contratista o intermediario en cuanto a la selección y adjudicación contractual para la ejecución de las actividades empresariales de la franquicia, indicando que la simulación se presenta cuando estos contratos se realizan bajo los criterios propios de cada contrato, pero que en la realidad se encuentran operando bajo los supuesto del Art. 23 del código sustantivo de trabajo, es decir, la prestación de servicios personales, la remuneración por dicha actividad y además se ejecuta bajo una subordinación ya preestablecida y definida.

El segundo criterio se encuentra en “la combinación de los factores de producción (capital, trabajo y materias primas) bajo los criterios de dirección y organización de quien detenta el *status* patrono o empleador” (Carballo Mena, 2001), es decir, los mismos postulados del criterio anterior, pero con una subordinación más que notoria y sujeta a directrices de quien figure como empleador, es decir, un contrato desarrollado por una persona natural bajo órdenes y directrices del franquiciado.

Por lo anterior, se tiene que la prestación de los servicios será hecha a través de un acuerdo de voluntades, “en las condiciones que estima conveniente el empleador a los fines de alcanzar un objetivo económicamente relevante” (Carballo Mena, 2001), o en otras palabras, los

finés del empleador, que se determinan por su carácter de comerciante y la prestación o venta de un bien o servicio, se ven reflejados en los intereses y necesidades de su fuerza de trabajo, que son quienes deben cumplir con su respectiva obligación para terminar de enlazar el proceso productivo de la franquicia.

Ahora, llama la atención la pequeña reseña que aborda la UNIDROIT sobre el particular, por lo que deja en evidencia la poca exploración que ha tenido el tema, no solo en el ámbito nacional, sino también en el internacional, y no resulta extraño, ya que se trata de un contrato nacido en los parámetros civiles y comerciales, por lo que lo imbricado por el área laboral, puede verse como un resultado exótico dentro de la ejecución del contrato.

La UNIDROIT indica como criterios importantes nacidos del Derecho laboral en cuanto a la relación que provea la Franquicia: (i) “La relación entre el franquiciador y el franquiciado (ii) La relación (si hay alguna) entre el franquiciador y los empleados del franquiciado, por ejemplo cuando el franquiciador conserva el derecho a aprobar los empleados del franquiciado; (iii) La posición de los empleados del franquiciado en el sistema de franquicia, que incluye cuestiones tales como el derecho de los empleados a ser consultados sobre importantes decisiones comerciales” (UNIDROIT, 2005).

La primer relación no supone un esfuerzo analítico importante, ya que se ha dejado más que claro que entre franquiciante y franquiciado media un contrato de carácter civil o comercial, cuya naturaleza es estructuralmente de cooperación, en la que pese a tener un destacado rango de dominio el franquiciante, no convierte en ningún momento la relación contractual civil o comercial en una de carácter laboral, puesto que se trata de una colaboración y sus exigencias se convierten en determinantes para la consecución de los logros empresariales pretendidos, de hecho, sin esta condición el contrato de franquicia no podría lograr su cometido. Eso por una

parte, y de otra, el franquiciado se somete a este tipo de obligaciones y directrices impositivas, ya que esa es la naturaleza del contrato de franquicia. Ahora, no se puede confundir el contrato de franquicia cuyo espíritu sea el de colaboración por uno de adhesión. Este tipo de contrato bien podría suceder, cuando alguien más quisiera ingresar a la relación contractual ya existente, por lo que no podría entrar a la negociación de las cláusulas del contrato, y por el contrario, este solo podría participar de las obligaciones y de los rendimientos económicos del contrato, mas no de la modificación de las cláusulas, facultad que tienen las partes iniciales del contrato.

La segunda, se encuentra en la posibilidad que tenga un franquiciante, previo acuerdo con el franquiciado de reservarse la selección y aprobación del personal, es decir, esta viene siendo determinada por la injerencia que tenga el franquiciador con relación a los empleados del franquiciado. Por una parte, generar este tipo de cláusulas donde se reserva dicha facultad hace que el franquiciado pierda ciertas cualidades de autonomía, ya que sería una esfera más que vendría a ser gobernada por el franquiciante, por lo que el franquiciante, terminaría reducido a un gran jefe de personal con carácter de franquiciado. Ahora, es importante notar, que de acuerdo al tipo de control y vigilancia que ejerza el franquiciante con respecto a los empleados del franquiciado se podría determinar la responsabilidad laboral, haciendo que cualquier tipo de reclamación pueda hacerse bien al franquiciado por configurarse como el empleador directo, así como al franquiciante, por ser quien tenga la facultad de selección, control y vigilancia de los empleados; Es decir, se podría configurar una responsabilidad laboral condicionada al análisis de la injerencia que tenga el franquiciante con respecto a las determinaciones contractuales nacidas entre el empleado y el franquiciado. De igual forma sucede en el tercer criterio, en donde puede configurarse un tipo de responsabilidad laboral, cuando los empleados cuentan con facultades y derechos en la toma de decisiones sobre el rumbo de la empresa, es decir, se habla de la actividad

que pueda ejercer un sindicato, organismos con facultad para la toma de decisiones de una empresa.

Es necesario que entre el franquiciante y el franquiciado se establezcan límites totalmente delineados con respecto al control que pueda ejercer el franquiciante sobre el franquiciado, con el fin de darle identidad plena a la autonomía del franquiciado y evitar que la responsabilidad laboral que pueda estructurarse entre empleado y franquiciado trascienda de forma vertical, es decir, que pueda fijarse una responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado frente a los empleados del último, tal como lo expresa Raquel Núñez García, que indica lo siguiente:

Debemos recordar que cada franquicia es un ente independiente, con personalidad jurídica propia, por ello debe lograrse un equilibrio, para permitir que la uniformidad del sistema no se vea afectada, así como que el control que el Franquiciante realiza no interfiera con las actividades del Franquiciado. El franquiciante debe limitarse a asesorar, capacitar y fijar los lineamientos del sistema. (Núñez, 2002)

Siguiendo a Núñez en su concepto, manifiesta que lo más aconsejable, por conducto de la doctrina y con el fin de evitar efectos derivados de la no implementación de dichos límites, es “no incluir dentro de los aspectos de control, fiscalización o supervisión, aquellos que no va a ejecutar en todas las circunstancias.” (Núñez, 2002) por lo que será en exceso relevante la forma en que sea plasmado el control e injerencia del franquiciante al interior del contrato y los manuales de franquicia.

3.3.1. Caso español.

Para Navas & Mosquera, en su documento “El contrato de Franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del Franquiciador”, se plantean la

inquietud con respecto a la posibilidad de imputar responsabilidad laboral al franquiciador y ponen a consideración algunas situaciones, y para dar inicio a la respuesta de dicho interrogante manifiestan que:

“Así las cosas, comenzamos diciendo que la independencia entre franquiciador y franquiciado y por ende, de la responsabilidad entre ellos se explica **si el franquiciador ejerce o no algún tipo de intervención respecto del franquiciado y sus empleados**”²¹

(Navas & Mosquera, 2009)

En este orden de ideas, indican que, para el caso de la responsabilidad laboral imputable al franquiciante y al franquiciado “no hay uniformidad en las opiniones doctrinales ni en las decisiones judiciales en este punto, por lo que es posible hallar infinidad de respuestas según casos se presenten” (Navas & Mosquera, 2009), sin embargo, traen a colación cuatro escenarios desarrollados por el derecho de franquicia en España que permitiría llegar a un consenso en cuanto la determinación de la responsabilidad, los cuales se detallaran a continuación y que son perfectamente plausibles, puesto que en el Reglamento (CE) No. 593 de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de Junio de 2008, reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en su artículo 4, Núm. 1, literal e, indica que: “el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual” (Reglamento (CE) No. 593 de 2008) y en su considerando No. 17 de apertura, en el cual establece que los “contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas” (Reglamento (CE) No. 593 de 2008), para lo cual, la doctrina puede explayarse hasta tanto el legislador opte por regular y determinar un marco general que

²¹ Negrilla fuera de texto.

permita aplicación sin ambigüedades. Ahora, se detallara sobre los aspectos doctrinales que van en uso:

(i) *Cuando la prestación laboral del trabajador se realiza dentro de un grupo empresarial y el trabajador labora indistintamente para una central franquiciadora o para el franquiciado, le pague quien le pague y tenga contrato con quien lo tenga.* Indican los investigadores, que para el presente se debe tener en cuenta que el trabajador “desarrolla su labor dentro del entorno organizativo de la red franquiciada y en consecuencia el juez probablemente condenará a franquiciado pago de sus responsabilidades, pero solidariamente también al franquiciador” (Navas & Mosquera, 2009). De igual forma, es necesario indicar que una de las formas anotadas dentro de su trabajo, es que el Tribunal Supremo Español, requiere para poder constituir prueba e imputar responsabilidad laboral del franquiciado, demostrar que existe o existió la intención fraudulenta por parte del franquiciado de eludir sus obligaciones laborales. Es decir, en este caso, la carga de la prueba estaría en cabeza del demandante probar dicha eventualidad, sin que medie presunción legal o de derecho a favor del trabajador.

(ii) *Cuando existe confusión de patrimonios entre el franquiciador y el franquiciado y por ende no es fácil dilucidar la independencia entre ellos.* Lo anterior se puede presentar cuando al interior del contrato (y en la realidad misma) no se ha establecido ni otorgado la respectiva independencia técnica, administrativa y financiera al franquiciado por parte de su otro extremo, es decir, cuando el contrato de franquicia no ha sido bien estructurado al punto de que las partes contractuales se estructuran en una especie de relación societaria, mas no de franquicia, sobre todo en casos donde se conserven acciones sobre el establecimiento franquiciado, o algunas reservas de carácter administrativo sobre el mismo. Para este tipo de casos, indican Navas & Mosquera que: “puede considerarse que el franquiciador se está beneficiando de la

explotación de la franquicia directamente y, por tanto, así debe responder por los trabajadores” (Navas & Mosquera, 2009).

(iii) Cuando amparándose en la distinta personalidad jurídica formal de una empresa, exista una actuación abusiva de una de ellas respecto de la otra en perjuicio de los derechos de los trabajadores recortando derechos o prestaciones a los que el franquiciador estaría obligado si fuese empleador directo. Lo anterior, se resume en la extensión que pueda tener la cláusula de dirección, control y manejo por parte del franquiciante hacia el franquiciado. Es decir, si dentro de las políticas que se pretendan implementar por parte del franquiciante hacia su red de franquicias, y una de estas políticas vaya dirigida hacia el desmejoramiento y la precariedad laboral, puede configurarse la responsabilidad laboral, no solo del franquiciado, sino del franquiciante a título solidario y esto se derivaría del caso en que el juez determine que existe unidad de empresa por dicha razón, es decir, por la sujeción a las directrices impartidas por parte del franquiciante al franquiciado. De esta misma manera lo explica Navas & Mosquera:

“La franquicia puede verse como una forma de contratar personal de manera externa. Realizando contratos de franquicia, el franquiciador logra externalizar sus labores en beneficio propio y así reducir costos de operación, pero asimismo puede el juez establecer una unidad de empresa entre el franquiciador y el franquiciado, y extender con esto la responsabilidad en materia de salarios y prestaciones de manera solidaria entre ellos”. (Navas & Mosquera, 2009)

(iv) Cuando el franquiciador es a su turno directivo del franquiciado. Es sabido que el franquiciante deba intervenir en los procesos operativos de la franquicia, máxime cuando se trata del rumbo que deba tomar la empresa, por su puesto, con miras a la protección y conservación del buen nombre de su marca, sin embargo, las cláusulas excesivas sobre dicha intromisión

podrían llevar a que se determine la responsabilidad laboral del franquiciante de tipo solidaria con respecto a los empleados del franquiciado, sin que por esta razón se deba evitar la recomendación que provee el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, ya que en lo que respecta a las Relaciones contractuales indica que “el franquiciador y los franquiciados son conscientes de que colaboran en un sistema en el que están unidos sus intereses, tanto a corto como a más largo plazo.” (F.E.F., 1972)

De acuerdo a lo anterior, se determina que si es posible establecer una serie de condiciones mínimas para estructurar una responsabilidad laboral tanto del franquiciado como del franquiciante, y radica en la intromisión que tenga el franquiciante sobre los procesos administrativos, operativos y técnicos del franquiciado, y más puntualmente sobre las políticas laborales que pudiese llegar a concatenar de acuerdo a las directrices que imparta para el manejo de la franquicia, por lo que Navas & Mosquera recomiendan que “el franquiciador ha de ser muy cauteloso y **ha de evitar incluir en los contratos de franquicia, cláusulas en exceso dominantes y controladoras hacia el franquiciado como por ejemplo, la intervención en la elección de los empleados, la concesión de incentivos o premios directos a los comerciales del franquiciado**”²² (Navas & Mosquera, 2009)

De igual forma, es conveniente traer lo relacionado por el profesor Carballo como una nota aclaratoria acotada al final de su documento “Contrato de Franquicia y responsabilidad laboral en el Derecho del Trabajo Venezolano” que se transcribirá en su totalidad:

“A este respecto, Chulia Vicent, E. y Beltrán Alandete, T., *op. Cit.*, nota 23, pp 219 – 221, refieren una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante la cual se declaró “que entre franquiciador y franquiciado no existe una unidad

²² Negrillas fuera de texto.

empresarial”, basado –fundamentalmente- en lo dispuesto en el Reglamento de la Comunidad Europea del 30 de Noviembre de 1988. Sin embargo, el voto salvado o discrepante de uno de los magistrados del Tribunal Colegiado arroja interesantes criterios en torno a la integración de la unidad empresarial a partir del contrato de Franquicia: “Las disposiciones que se invocan (Reglamento de la Comunidad Europea No. 4.087/88 de 30 de Noviembre de 1988) hacen referencia a la explotación de una imagen comercial común, de unos métodos comerciales también comunes, con métodos de control sobre las condiciones de explotación de la franquicia. Pero las condiciones peculiares de este tipo de relación mercantil *no implican necesariamente una derogación o modificación de la legislación laboral ni un desplazamiento de la figura del empleador ... Si el titular de la marca o red comercial lleva su control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados y la recaudación del resultado de la venta de los productos, llega a asumir una titularidad empresarial y desplaza a su corresponsal mercantil franquiciado por lo que en las relaciones con los trabajadores del negocio responderá también como tal empresario a la hora de hacer efectivos los derechos de sus empleados*” (Carballo Mena, 2001) (negritas fuera de texto)

Ahora, sabiendo que si es posible fijar unos criterios para endilgar responsabilidad laboral tanto al franquiciado y al franquiciante, se intentarían explicar los posibles efectos entre las partes con un acercamiento hacia el contexto colombiano, no sin antes adjuntar un caso nacional.

3.3.2. Seguimiento de la OIT al Caso Núm. 354 de Junio de 2009 en Colombia.

En el país, para el 18 de Septiembre de 2007 se presentó una queja por parte del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Alimentos (SINALTRAINAL) y en comunicaciones posteriores del 26 de Octubre de 2007 y del 25 de Marzo, 01 de Abril y 04 de Junio de 2008, y del 04 de Febrero de 2009, indicando que se habían presentado actos de intimidación contra los dirigentes de la organización sindical y sus afiliados “cometidos por diversas empresas embotelladoras (embotelladora de Santander S.A., embotelladora Román S.A., Panamco Colombia S.A., Coca-Cola Femsa y embotelladora de Carepa), en algunos casos, y por organizaciones paramilitares en otros, con el fin de disuadirlos de continuar con sus actividades sindicales. También se refiere a hechos antisindicales cometidos por otras empresas” (OIT, Caso Núm. 2595, 2007) De acuerdo a la querella interpuesta por el sindicato, se informa que las empresas anteriormente mencionadas han adelantado políticas antisindicales desde hace mas de 20 años tales como allanamientos, detenciones arbitrarias, secuestros por parte de organizaciones paramilitares en los cuales eran intimidados a no denunciar a las empresas. Por lo anterior, empleados pertenecientes a SINALTRAINAL han abdicado del sindicato por miedo a posibles represalias, además de informar sobre actos de violencia, amenazas y muertes de dirigentes y afiliados a SINALTRAINAL.

Tales actos han sido provocados por las empresas ya mencionadas siendo relevantes actos realizados por Embotelladora de Santander S.A en 2000 por violación a la libertad sindical, Coca-Cola Femsa en 2003 por presión hacia los trabajadores para que renunciaran a sus contratos de trabajo a cambio de una indemnización económica, bajo amenaza de despido, entre otras.

De acuerdo a los querellantes, las empresas “Coca-Cola Femsa S.A., Embotelladora de Santander S.A., embotelladora Román S.A., Indega S.A. y Bebidas y Alimentos de Urabá S.A., tienen vínculo directo y son controladas por Coca-Cola S.A o Coca-Cola Company S.A., mediante el contrato de franquicia al cual manifiesta no tener acceso, por ser confidencial ... En el caso de Panamco, que ha tenido el control directo de Embotelladora de Santander S.A., embotelladora Román S.A., e Indega S.A., es controlada no sólo mediante la Franquicia por Coca-Cola Company o Coca-Cola S.A. , sino que tenía un valor accionario equivalente al 24 por ciento y representantes en la junta directiva y es una de las embotelladoras principales de Coca-Cola Company, registrada como Panamerican Beverages”

Yendo a un caso en particular dentro de la querella, que resulta relevante para el presente trabajo, ha sido vinculado a la investigación Coca-Cola Femsa, empresa de origen mexicano que opera en Colombia a través del grupo empresarial Industria Nacional de Gaseosas, controlado por la sociedad Industrial Nacional de Gaseosas S.A., empresa que a partir del 2008 ha absorbido a empresas como Embotelladora de Santander S.A., y a embotelladora Román S.A. mediante un proceso de fusión.

De acuerdo a lo anterior, se puede evidenciar que por malas prácticas sindicales y por violaciones al derecho del trabajo, empleados de las empresas ya mencionadas han buscado la reivindicación de sus derechos laborales a través de la justicia ordinaria sin que medie ningún impedimento por tratarse de empresas franquiciadas, que de acuerdo a la naturaleza del contrato, incluyen cláusulas compromisorias para acudir y preferir tribunales de arbitramento y otros mecanismos alternos de solución de conflictos antes que la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, no es menester seguir avanzado en la presente descripción, ya que los casos relacionados en la querella se encuentran pendientes de

resolución, ante lo cual la OIT ha hecho la recomendación al gobierno Colombiano de realizar debido seguimiento a los acontecimientos que pudiesen suscitarse al interior del conflicto de carácter sindical que ha involucrado a Franquicias por tratarse de “cuestiones de suma gravedad y en este sentido [El comité] recuerda que los derechos de las organizaciones de trabajadores y de empleadores solo pueden ejercerse en un clima desprovisto de violencia, de presiones o de amenazas de toda índole contra los dirigentes y afiliados” (OIT, Caso Núm. 2595, 2007) haciendo que dentro del mismo puedan presentarse reclamaciones que deriven en la determinación de responsabilidad laboral por parte del franquiciado y del franquiciante (Si llegará a suceder) tales como el cobro de acreencias laborales derivadas de convenciones colectivas.

Ahora, debido a que ya se han revisado dos casos, el español con un poco más de claridad y el Colombiano con un tanto de oscuridad debido a la incertidumbre en que se encuentran los procesos adelantados que ya fueron descritos, se entrará a analizar los efectos laborales que puedan derivarse entre las partes en materia laboral indicando que la imputación de la responsabilidad laboral a empresas franquicias, es virtualmente posible.

3.4. Efectos entre las partes en materia laboral

De la responsabilidad laboral anteriormente analizada, se tiene que existe un factor determinante para que esta misma resulte coherente. Y es que la doctrina y los diferentes conceptos expuestos por la UNIDROIT por ejemplo, dejan ver que un elemento necesario dentro del marco de configuración de la responsabilidad laboral *prima facie* debe ser el elemento de la subordinación y se enrola dentro de la capacidad de dominio que tenga el franquiciante sobre los empleados del

franquiciado, así mismo, la subordinación que deban los empleados de la empresa a su contratante, denominado franquiciado; La ultima descripción sucederá siempre y cuando el franquiciado decida contratar por medio de la óptica civil o comercial, para que resulte como efecto tangencial la responsabilidad laboral. No obstante, se advierte que en los casos civil y comercial de los contratos, la responsabilidad laboral solo se dará bajo los presupuestos de la mal utilización de los instrumentos contractuales, si lo que se pretende es encubrir una relación laboral.

Ahora, el primer efecto claro que podemos distinguir del ejercicio contractual de las franquicias en cuanto a sus empleados es la mutación del contrato y/o verdadera identificación contractual sobre el cual opera la prestación de servicios. Es por tanto, que en el momento en que un contrato ya sea de carácter civil o comercial presenta “una relación de dependencia laboral, la prestación de servicios será mediante un contrato de trabajo” (Frias, 2011). De lo anterior cabe mencionar que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, el elemento subordinación resulta como aquel elemento esencial dentro de un contrato de trabajo, es decir, para que esta concorra como parte de la realidad del contrato debe ser dentro de los linderos de “el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener en orden y disciplina” (Sentencia C 934 de 2004), de lo contrario y ante la falta de estos criterios determinadores, el elemento subordinación carecería de cualquier fundamento. Así mismo, se indica que el Franquiciado debe ejercer potestades de dirección que se encuentren remarcadas en el ejercicio laboral, es decir, para alegar la subordinación como elemento del contrato, esta actividad de dirección debe ser tan relevante, que sin esta la correcta ejecución de labores de los empleados se vea mermada, así como también podría verse reflejada en el rendimiento económico de la franquicia: De igual

forma se colige con lo anterior, lo estipulado por la abogada Alcira Muñoz en su documento titulado '*Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo*', pues en cuanto a la subordinación o dependencia continuada, esta debe hacer "referencia al suministro de elementos e implementos para que el trabajador pueda desempeñar la labor encomendada en virtud del contrato de trabajo suscrito" (Muñoz, 2012)

Siguiendo esta senda, en caso de concurrir los tres elementos esenciales para que un contrato de trabajo se configure en la realidad, deben reunirse además de la continua dependencia del trabajador hacia el franquiciado, la actividad personal del trabajador y el factor remuneración, y conforme al C.S.T, se produce lo estipulado en el Art. 23, Núm. 2: "Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen" (Codigo sustantivo de Trabajo, 1950); Con esta definición se da paso al denominado "*Contrato Realidad*".

Este contrato realidad, es un contrato "que aunque no se definió, ni formalizo, la ley considera que existe por la naturaleza misma de las actividades desarrolladas por el trabajador" (www.gerencie.com, 2010). Toma su forma partiendo de la presunción que otorga el art. 24 del C.S.T., en el cual se indica que "se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo" (Codigo sustantivo de Trabajo, 1950), lo que no es otra cosa diferente a una garantía otorgada a un trabajador cuya situación laboral sea gobernada por un contrato de carácter civil o comercial que autorice una disminución de las prebendas laborales ordenadas por la ley laboral. Dichos argumentos son confirmados jurisprudencialmente, con referencia al uso del contrato de prestación de servicios que dice lo siguiente:

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de este quedara desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Sentencia C 154 de 1997)

En caso de configurarse un contrato realidad, entre el franquiciante o franquiciado y sus empleados, se presumirá esta relación laboral en virtud del art. 24 y los elementos esenciales del art. 23 del CST, y en virtud de dicha presunción, existiría “un traslado de la carga de la prueba al empresario, pues la relación de trabajo subordinado nace fundamentalmente de la realidad de los hechos” (www.sumalegal.com, 2016), haciendo que se fundamente la responsabilidad laboral concomitante a la determinación de otros elementos que surgirán como obligaciones del contrato realidad; De igual forma toma relevancia analizar el verdadero escenario sobre el cual se desarrolla la prestación de servicios y resulta prudente ir al interior del *Principio de la realidad sobre la forma*, elaborado desde la doctrina laboral y que a la postre tendrá un impacto significativo dentro del proceso del proceso de contratación instaurado en las franquicias instaladas en Colombia.

3.4.1. Principio de la realidad sobre la forma

El principio de la realidad, de rango constitucional, cuyo primer fundamento actual se encuentra en el artículo 53 de la carta, establecido a tenor literal como *‘Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales’*, ante el cual la Corte Constitucional precisa un acercamiento al mismo manifestando que desde este principio se plantea “un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades” (Sentencia C 665 de 1998).

Mario De La Cueva, con respecto al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades indica que “la relación de trabajo reposa esencialmente en la realidad de los hechos que la preceden, y no de lo pactado entre el empleador y el trabajador” (De La Cueva, 1943).

El principio de la realidad sobre las formas se da en un contexto derivado de la buena fe, cuyo fin es sobreponer los hechos frente a lo soportado en determinados contratos. De acuerdo a lo referido por la Corte Constitucional, este principio “demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica” (Sentencia C 665 de 1998) que funge como empleador o contratante.

Se trata entonces de un concepto laboral de carácter interpretativo, cuya facultad se encuentra en cabeza del juez laboral determinar los casos en los cuales la actuación contractual supone una simulación de contrato con el fin de encubrir uno de carácter laboral. La procuraduría general de la nación, en concepto dado dentro de la sentencia C 665 de 1998, argumenta que las relaciones laborales “superan la órbita de los intereses individuales y por tanto, las normas que los rigen se consideran de orden público, razón por la cual los derechos mínimos laborales son

irrenunciables” (Sentencia C 665 de 1998), razón por la cual, un trabajador y un empleador, no pueden entrar a discutir los derechos mínimos en virtud de la autonomía de la voluntad sobre la cual se establezca el contrato de trabajo, por lo que la ley laboral ordena proteger en beneficio del trabajador, dada su desventaja dentro de la relación laboral, pues como ya es sabido, dentro de una relación laboral determinada en extremos como empleador y trabajador, el trabajador se configura como la figura más débil dentro la misma.

Así mismo, la puesta en marcha de dicho, depende que dentro de la relación contractual se identifique a la subordinación continuada como elemento esencial dentro de la relación laboral, lo cual, haría que el contrato, ya sea de carácter civil o comercial, haga su transformación a un contrato de carácter laboral y por ende adquiriera todos los beneficios y obligaciones contemplados dentro del Código Sustantivo del Trabajo, y su legislación afín.

En cuanto a la subordinación, la Procuraduría General de la Nación en concepto jurídico indica que: “En realidad con el elemento de la subordinación jurídica, afirma que este determina la existencia de la relación laboral, por lo que para probar su existencia será fundamental la confrontación del contrato con las funciones de la entidad, con su estructura interna, con los manuales de funciones y con los documentos relacionados con el presunto vínculo laboral” (Sentencia C 665 de 1998).

Ahora, determinar que existe un contrato realidad por conducto de análisis del principio de la primacía de la realidad implica que se dirija el análisis hacia qué puntos carecen de reconocimiento dentro del contrato determinado como laboral, es decir, “la consecuencia práctica es que comprobada la inadecuación documental o contractual a la realidad de la relación laboral de que se trate, son de directa aplicación las normas imperativas que la rigen, a despecho de la que se aparentó” (Podetti, 1991).

Así mismo, su procedencia en palabras de la Corte Constitucional, prácticamente se daría desde la prestación personal de la actividad o labor, es decir “basta con la prestación efectiva de trabajo para que surjan derechos a favor del trabajador y que siempre que se realice una actividad en condiciones de subordinación habrá lugar a una relación de carácter laboral”. (Sentencia T 287 de 2011).

El citado principio, de rango constitucional funge como un factor de interpretación para el juez laboral, y es tal su desarrollo y alcance, que en virtud del fallo del operador jurídico correspondiente, un contrato estructurado dentro de los límites de la autonomía de la voluntad y de lo privado, pase a ser gobernado por normas de orden público, a gozar del calificativo como contrato laboral y a obtener todos los beneficios derivados de ley. Es decir, se erige como una garantía indispensable para el tan desbarajustado campo laboral, y como uno de los pocos principios que tiene el poder y la capacidad normativa y argumentativa de romper las relaciones privadas en pro de la verdad y los hechos reales producto de la prestación de servicios.

Para el caso particular de las franquicias, de acuerdo a la modalidad contractual con la que se elija la selección, método de ingreso y labores de los empleados de la misma, si se siguen los parámetros comunes de la contratación laboral, la eventual Litis solo se fijara para discutir sobre derechos y garantías vulneradas, para lo cual, será necesario el análisis de cada contrato y ejecución. Ahora, ya se ha indicado que cualquier contrato, ya sea de carácter civil o comercial, si ostenta los elementos esenciales del contrato de trabajo, relacionados en el art. 23 del CST, se tendrá que dar el salto inmediato al Art. 24, que contempla la presunción de contrato de trabajo.

Sobre este aspecto, la presunción del contrato, no solo produce la mutación contractual, sino que el efecto más relevante es la inversión de la carga de la prueba. La Corte constitucional, en su jurisprudencia determina lo siguiente:

La presunción acerca de que toda la relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario. El empleador, para desvirtuar la presunción debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine, el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción. (Sentencia C 665 de 1998)

El porqué de la inversión de la carga de la prueba, radica en la garantía que el estado y el legislador debe ratificar sobre las relaciones laborales en las cuales, el trabajador es la parte débil, y el Estado a través de sus instrumentos normativos e instituciones debe procurar la igualdad en el plano laboral y evitar abiertas vulneraciones de derechos bajo el espectro del derecho civil.

3.4.2. Efectos derivados de la prueba de la relación laboral

Finalmente, si probada la relación laboral encubierta, el franquiciante o franquiciado contratante, deberá asumir las siguientes obligaciones en virtud del contrato de trabajo sea a término fijo o indefinido:

1. Aplicación global Código sustantivo del Trabajo
2. Aplicación directa Art. 57 del CST.
3. Prima de servicios – Capítulo VI, Prima de Servicios, CST.
4. Pago de auxilio de cesantías – Capítulo VII, Auxilio de Cesantía, CST.
5. Pago por concepto de dotación y/o Uniformes – Capítulo IV, Calzado y overoles para trabajadores
6. Afiliación al sistema de Seguridad Social Integral – Aspectos relativos a la afiliación al sistema de Salud contenidos en el código sustantivo del Trabajo, Ley 100 de 1993,
 - a. Sistema de Salud – Ley 100 de 1993, Libro Segundo; Ley 1438 de 2011.
 - b. Sistema de pensiones – Ley 100 de 1993, Libro Primero; Ley 797 de 2003.
 - c. Sistema general de riesgos laborales – Ley 100 de 1993, Sistema general de riesgos profesionales, Libro Tercero; Ley 1562 de 2012; Decreto 1072 de 2015, Libro 2, Parte 2, Título 4, Capítulo 6.
7. Vacaciones – Título VII, Descansos obligatorios, Capítulo IV, vacaciones anuales remuneradas.
8. Auxilio de Transporte cuando proceda -
9. Derecho a indemnización. – Art. 64 CST.
10. Derecho a indemnización por falta de pago – Art. 65 CST.
11. Reconocimiento de horas extras conforme al régimen de descansos obligatorios – Título VII, Descansos obligatorios, capítulo I, II, III.
12. Pago de aportes parafiscales a SENA e ICBF. – Ley 119 de 1994 (SENA); Ley 89 de 1988
13. Cajas de compensación familiar. – Ley 21 de 1982.

Además, de las sanciones a que haya lugar, y que ya será tarea del juez determinar la cuantía y alcance del fallo por el desconocimiento de los anteriores ítems que forman parte íntegra de cualquier contrato laboral. Ahora, como se puede evidenciar, las relaciones encubiertas traen consigo, no solo la vulneración y el intento de evitar la aplicación de la ley laboral, sino que también viene acompañada de cuantiosas sumas de dinero que afectarán directamente el patrimonio del empleador, ya sea franquiciante o franquiciado, de origen internacional o nacional por las evasiones eventualmente declaradas, es por esto que el alcance de la ley laboral se vuelve indispensable y de alguna forma indeterminable, tanto para generar criterios de justicia, equidad y una optimización del mundo laboral, así como también una reivindicación de los derechos de los trabajadores, que no solo mejoraran las condiciones de vida de ellos mismos, sino que mejoraran el panorama laboral, y de alguna forma se convertirán estos fallos en un faro de luz que guíe la práctica laboral y la correcta utilización de cada contrato para la selección del personal en cuanto al plano empresarial.

4. Conclusiones

El contrato de franquicia se ha convertido en un elemento de rápida expansión comercial, y en uno de los mejores puertos comerciales en que pueda encallar una comerciante, dada la experiencia y fortaleza tanto mercantil como comercial que provee un negocio consolidado, lo cual hace que asumir participación dentro de cadenas de negocios tan grandes siempre puede considerarse como un riesgo, si no se tiene el suficiente manejo y experticia en el sector comercial en el que entrara a innovar el franquiciado.

Resulta usual que se susciten controversias al interior de la relación negocial, que por supuesto no son ajenas a ningún tipo de contrato con relevancia ceñida a su ejecución o a cuestiones extralegales. Por lo anterior se puede deducir que todas las relaciones que se deriven del contrato de Franquicia se funden en el derecho civil y comercial, en virtud de la costumbre mercantil y la ley, pues para evitar situaciones jurídicas derivadas de otras ramas del derecho que puedan afectar la relación comercial, tales como la laboral, se recomienda que todos sus contratos giren alrededor del derecho comercial y civil, cuyas garantías se circunscriben meramente a lo civil o comercial, evitando intromisiones del derecho laboral.

El contrato de Franquicia determinado como un contrato atípico, es decir, que no se encuentra regulado al interior de las diferentes legislaciones nacionales. Sin embargo, sectores doctrinales sostienen que por el principio de la autonomía de la voluntad, la carencia de regulación expresa en materia laboral en la contratación que pueda desplegar una empresa franquiciada podría ocultar una relación laboral bajo otros supuestos de contratación, ya sea de índole civil o comercial. Lo anterior sustentando en la autorización tacita que entrega el franquiciante al franquiciado a la hora de seleccionar y contratar personal para ejecutar las

labores pertinentes dentro de la franquicia. Como se pudo observar en el análisis del capítulo dos, las partes se sujetan a condiciones nacidas en virtud de la autonomía de la voluntad y luego plasmadas y reflejadas en el contrato de franquicia y su contenido en donde se especifican identidad de las partes, elementos esenciales de la franquicia como el nombre comercial, emblema, marca, modelos, diseños y el elemento objeto del contrato concerniente a la transferencia del Know How, y la licencia para explotar la marca en nombre propio, con autonomía administrativa y sujeto al régimen de responsabilidad que se derive de actuaciones propias del franquiciado. Así mismo establece el canon de entrada y los derechos de regalías (si se llegaren a pactar). En el contrato, tanto en el formato nacional ya analizado como en el internacional de acuerdo a sugerencias de la UNIDROIT, se fijaran las obligaciones para cada sujeto negocial. En dichas cláusulas se fijaran acuerdos sobre concesión y uso de la marca, políticas administrativas, publicitarias y de mercado. Se fijara la cláusula de “Formación, adiestramiento y asistencia técnica al franquiciado”. También se establecerán acuerdos con respecto a la terminación, la prórroga, cesión de derechos, causales de terminación anticipada, cláusula penal y cláusula compromisoria, en los casos en que se presenten situaciones contractuales o extracontractuales que deban dirimirse ante organismos competentes para administrar justicia.

Como se advirtió a lo largo del presente estudio, existe el problema del tipo de contratación que emplean algunos sectores de la franquicia en general a nivel nacional y este tiene que ver directamente con la mal utilización de los contratos de orden civil y mercantil y las nuevas figuras contractuales fundadas desde el derecho laboral que vulneran abiertamente los postulados del programa de TRABAJO DECENTE formulado por la OIT y el concepto de

TRABAJO DIGNO, con rasgos verificados por la OIT e instituido como concepto de rango constitucional.

Ahora, gracias a los efectos irradiadores de la Constitución Política de 1991 sobre el contrato de franquicia, estructura enmarcada en el Art. 333 concerniente a la actividad económica e iniciativa privada, el art. 58, en donde se garantiza la protección a la propiedad privada y a todos los derechos que emanen de dicha entidad jurídica, haciendo que deba producirse una adhesión al régimen legal plausible para la ejecución de los contratos de Franquicia en el país, adhesión que debe realizarse sobre las bases del código civil y comercial, el primero para la estructuración y perfeccionamiento del contrato y la segunda, para la ejecución de la actividad comercial. Es por esto que se convierte su práctica en costumbre mercantil por tratarse de una actividad legal, uniforme, publica, reiterativa y vigente en el ordenamiento nacional. La costumbre al permitir la realización de un contrato atípico, materializando el principio de la autonomía de la voluntad, no hace otra cosa diferente que entregarle al contrato de Franquicia el carácter de típico social. De igual forma, forman parte del marco normativo del contrato de franquicia planteada en el presente estudio, la decisión 486 de 2000 de la CAN, la guía para los acuerdos de Franquicia Principal Internacional de la UNIDROIT, las normas sobre protección al consumidor.

Sin embargo, y para efectos prácticos del presente estudio, el efecto irradiador de la Constitución con respecto al contrato de franquicia no solo refiere sus efectos hasta los citados artículos, sino que extiende su utilización hacia las ramas del derecho laboral, del que tendrá que valerse al momento de contratación, puesto que dentro de la misma, es donde se autoriza a cualquier empresario las formas y modalidades de contratación válidas para celebrar un contrato. Al menos, en recomendación. Los contratos de franquicia por tratarse de una relación dominada

por la autonomía de la voluntad debido a su atipicidad en el plano civil y comercial pueden pactar al interior del contrato la modalidad de contratación del personal, sin exclusión de las ordenes que determine la franquicia original para su contratación, evento en el cual puede revestirse una responsabilidad solidaria al momento de realizar reclamaciones de índole laboral. Sin embargo, dada la libertad contractual de la que gozan las partes, las formas de contratación también suponen plena libertad en cuanto a que no existe una ley que obligue a una franquicia a contratar personal bajo los parámetros del Código Sustantivo del Trabajo y las demás leyes existentes sobre contratación laboral modernas, diferentes a las establecidas en materia laboral, modalidades de contratación de las cuales se puede desprender una responsabilidad invisible tal vez, pero cierta.

Se encuentra como hallazgo, que evidentemente, y gracias a las distintas modalidades de contratación laboral que utilizan las franquicias para contratar, forman una excusa “legal” para sustraerse de varias obligaciones derivadas del contrato de trabajo, situaciones que pueden ser reconocidas en el futuro por un juez y en virtud del principio de la “realidad sobre la forma”. Tales son los casos del contrato de prestación de servicios y los usos desmedidos y desbordados del Outsourcing. En cuanto al primero, se establece que el contrato debe estructurarse para el desarrollo de labores basadas en la experticia y experiencia del profesional en determinada área, sin que prime el factor de subordinación continuada por parte del denominado contratante. Si el franquiciante o franquiciado, dependiendo de quién sea el contratante, decide contratar bajo la modalidad de prestación de servicios, no se le puede imponer a un empleado la carga de la subordinación, así como también, al empleador no se le puede imponer las cargas de pagos obligatorios contenidos en la ley laboral, haciendo que el empleador evada pago de prestaciones sociales, de pagos parafiscales, ya que un contrato de prestación de servicios se centra en la

ejecución sobre la obligación para la cual ha sido contratada una persona, ya sea una obligación de dar, hacer o no hacer algo, mas no de ceñirse a cuestiones derivadas del elemento de la subordinación.

En cuanto al Outsourcing, sus fines van hasta el punto de determinar que lo contratado por esta senda deben ser funciones que estén por fuera del giro ordinario de la empresa, buscando que se puedan concentrar fuerzas en la explotación del objeto central de la empresa, sin embargo, cuando el puesto a ocupar sea del nicho corporativo y además se encuentre frente a los tres requisitos que exige la ley laboral sobre la configuración del contrato de trabajo, se está ante una evidente relación laboral encubierta desde el outsourcing y de la mal utilización del contrato de prestación de servicios. Lo mismo sucedería ante la contratación de un contratista independiente, para lo que se debe tener presente que la empresa contratante es responsable solidariamente de las obligaciones laborales adquiridas por el contratista frente a sus trabajadores

Por lo anterior, y por el uso desbordado y desmedido de las diferentes modalidades de contratación, se establece que para determinar que la responsabilidad que se derive de malas prácticas laborales, no es posible declararla analizando simplemente el contrato, la única solución a este tipo de cosas, será dable en los estrados judiciales.

Confrontado lo anterior con lo establecido por el Programa de Trabajo Decente y el concepto de Trabajo digno, se resaltan los siguientes hallazgos:

- Las franquicias, su método de análisis contractual para la ejecución de labores, no cumplen con los postulados del programa de Trabajo Decente, ya que pese a considerarse una de las principales fuentes de empleo en el país y cumpliendo el primer postulado del programa referente a la creación del trabajo, no cumplen con el segundo punto del programa, referente a la garantía de los derechos de los trabajadores, puesto que al a

hacer contrataciones buscando encubrir una relación laboral, además, dadas las circunstancias, no generan estabilidad laboral, cuya identificación problemática, supone el obstáculo más grande de la contratación que realiza la franquicia a nivel social.

- En cuanto al tercer punto de la agenda del programa, las franquicias y su controvertidas modalidades contractuales no garantizan la protección social, pues en vista de que la ley nacional no obliga a las franquicias a hacer contrataciones bajo los presupuestos de la ley laboral, hacen que estos gastos corran por cuenta del trabajador, quien muchas veces debe sacrificar parte de su salario para garantizarse así mismo el acceso efectivo al sistema de Seguridad Social. Por lo anterior, en casos de enfermedades, accidentes laborales, maternidad, muerte, vejez, o invalidez, la franquicia no constituye un soporte social que permita que sus trabajadores gocen de excelentes calidades de vida, sino que por el contrario, solo permite que se establezcan niveles más bajos de desempleo, a cambio de trabajo mínimamente remunerado que les permita subsistir apenas. Por las mismas razones, incumple directamente con el postulado de dialogo social, ya que usualmente no se reconocen sindicatos laborales que permitan abrir los canales de comunicación entre empleador y trabajadores, haciendo que el trabajo catalogado, tanto como valor, principio y derecho fundamental, no sea democratizado plenamente, y mucho menos afectado por garantías constitucionales. De no presentarse entonces los conceptos anteriores tenemos que no se puede considerarse tampoco el trabajo generado por las franquicias como un Trabajo digno, ya que como se lo señalaba la Corte Constitucional, si los requisitos que establece el artículo 53 de la Constitución nacional no se hacen presentes dentro de la relación de trabajo, no estaría cumpliendo con los postulados de la OIT, ya que no se universalizan las condiciones dignas y justas que propende la constitución, lo que solo

llevaría a entender que las franquicias son entes empresariales que permiten unificar la estadística frente a las tasas de desempleo con visión favorable, pero con una realidad bastante cruda.

Evidentemente, las malas prácticas laborales, hacen que se generen unos tópicos sobre el concepto de Responsabilidad, tanto civil como laboral.

En cuanto a la responsabilidad civil:

- Esta se puede presentar desde el plano de la responsabilidad civil contractual, extracontractual, responsabilidad civil de franquiciante por el hecho del franquiciado, y responsabilidad civil deferida de la relación franquiciante – franquiciado frente al consumidor.
- Respecto a la responsabilidad civil contractual esta puede darse tanto en la etapa precontractual, contractual y post-contractual.
- Es posible establecer determinado tipo de responsabilidad de acuerdo al caso concreto, y como ya se dijo, dependiendo del grado de intervención del franquiciante en la relación contractual, la responsabilidad será ya sea contractual o extracontractual, en grado de culpa presunta.

Finalmente, y para recoger una conclusión general de este análisis académico, además de responder a la pregunta problema, se puede afirmar debido a la ejecución del Contrato de Franquicia si es posible predicar efectos laborales del mismo y si hay lugar a escenarios de imputación de responsabilidad laboral al franquiciante y al franquiciado, por los motivos que se exponen a continuación:

- Se está en presencia de un tema que poca o nula intervención doctrinal y académica ha tenido, dada la complejidad de las relaciones mercantiles de las franquicias y su tan desarrollado y estructurado sistema de funcionamiento.
- La responsabilidad laboral es definida como “La obligación económica (prestaciones sociales y asistenciales) mediante la cual los trabajadores están protegidos de las contingencias que se ocasionen con causa o con ocasión del trabajo, por accidente de trabajo y enfermedad profesional, que surge por la relación laboral o contrato de trabajo. Esta responsabilidad es la que el empleador debe asegurar a través de una administradora de riesgos profesionales” (www.minsalud.gov.co)
- Las franquicias muestran una evidente huida a los estándares de protección social, y esta se evidencia en la forma en que la Franquicia “condiciona de tal modo la actividad de los trabajadores de la empresa modular o franquiciada (horario de trabajo, indumentaria, formación profesional, forma de atención al público) que evidentemente se produce una determinación de la relación laboral por parte del franquiciador” (Barreiro & Rodriguez), produciendo de esta forma una precarización del trabajo y sus condiciones. No se niega, en ningún momento del aumento y la capacidad para generar empleo por parte de las franquicias.
- El contrato de franquicia presenta una subordinación técnica, que se trata del manejo y vigilancia de temas relevantes del contrato como la cadena de producción, modalidades de venta, control de calidad, entre otros, lo que hace que se pueda generar una confusión con respecto a la representación del empleador, ya que dada la subordinación técnica ya referida, hace que todo proceso, inclusive administrativo que tenga fuerte sujeción al contrato de franquicia, deba pasar por la correspondiente aprobación del franquiciante.

- Por lo tanto, se puede afirmar que dada la relación comercial establecida con base en el contrato de franquicia, se pueden establecer múltiples relaciones de trabajo producto del negocio comercial que determine la franquicia.
- Los trabajadores del franquiciado, pese a que no participan de los rendimientos económicos de la empresa, con excepción de su reconocimiento salarial, si contribuyen a la generación de ingresos directamente para el franquiciado, e indirectamente para el franquiciante. Por lo que esto haría que se configure una responsabilidad por parte del franquiciante hacia abajo, es decir, virtualizando canales de responsabilidad vertical entre franquiciante, franquiciado y los trabajadores del franquiciado.
- De forma analógica se podría predicar la responsabilidad solidaria de que habla el Art. 34 del CST a la relación contractual entre el franquiciante, el franquiciado y sus empleados, máxime cuando este no asume o asume parcialmente sus obligaciones, por lo que los trabajadores estarían en libertad de reclamar acreencias laborales al franquiciante.
- Por lo anterior se establece que en las franquicias opera plenamente el concepto de relaciones triangulares de trabajo cuya definición emitida por la OIT “se trata de trabajadores contratados por una empresa (la proveedora) que prestan servicios a una tercera persona (el usuario) a quien su empleador le provee mano de obra o le presta un servicio” (OIT O. I., 2006) y que dentro del marco de la responsabilidad laboral vertical, hace que identificar el verdadero empleador directo sea toda una odisea legal y jurídica.
- Por lo anterior, la relación laboral entra a desarrollarse dentro de un plano de incertidumbre, máxime en el campo de los trabajadores que conservan cierta autonomía en la ejecución de sus labores.

- La triangulación laboral abre una brecha de proporciones abismales, principalmente cuando los acuerdos contractuales que se utilicen disimulen mediante una ficción, la realidad que bien pueda resultar notoria o difusa, dependiendo igualmente de la manipulación o modulación establecida. Así mismo se está en presencia de una desprotección y descalabro a la seguridad jurídica de la sociedad, puesto que la desprotección de los empleados implica un daño social que se puede percibir en diferentes esferas de la comunidad.
- La garantía más eficaz con que cuentan los trabajadores de franquicias que tienen un contrato que encubre una relación laboral, se encuentra en el principio de la “Primacía de la realidad sobre la forma” y en el concepto de contrato realidad, instituido en el Art. 24 del CST.
- La responsabilidad laboral a determinar girara entorno a dos situaciones. La primera de ellas será el análisis del tipo de incumplimiento derivado del contrato y del tipo de contrato que se tenga; la segunda, el análisis del hecho generador que finalmente desemboque en la necesidad de una indemnización, es decir, cuando se está en presencia de una simulación de contrato, desde las figuras contractuales proveídas por el código Civil y comercial que busquen evitar las garantías con que cuenta un contrato laboral.
- Los fines del empleador, que se determinan por su carácter de comerciante y la prestación o venta de un bien o servicio, se ven reflejados en los intereses y necesidades de su fuerza de trabajo, que son quienes deben cumplir con su respectiva obligación para terminar de enlazar el proceso productivo de la franquicia.
- La responsabilidad laboral así mismo, también se podrá fijar posterior al análisis de la facultad de intervención que tenga el franquiciante sobre el manejo administrativo de los

trabajadores del franquiciado, haciendo que se diluya la autonomía del empleador franquiciado frente a sus empleados.

- De acuerdo al tipo de control y vigilancia que ejerza el franquiciante con respecto a los empleados del franquiciado se podría determinar la responsabilidad laboral, haciendo que cualquier tipo de reclamación pueda hacerse bien al franquiciado por configurarse como el empleador directo, así como al franquiciante, por ser quien tenga la facultad de selección, control y vigilancia de los empleados.
- El elemento determinante para establecer la responsabilidad laboral es la presencia de la subordinación técnica continuada, puesto que permite la mutación del contrato civil o comercial a uno de carácter laboral, cuando el franquiciado o el franquiciante frente a sus empleados ejerzan potestades de dirección que se encuentren enmarcadas en el ejercicio laboral. Es decir, para alegar la subordinación como elemento del contrato, esta actividad de dirección debe ser tan relevante, que sin esta la correcta ejecución de labores de los empleados y la producción de la franquicia se vea mermada.
- De acuerdo al Art. 24 del CST, se presumirá la relación laboral, por lo que en los casos gobernados por contratos de carácter civil o comercial que en la realidad gocen de las características de un contrato laboral por reunir los elementos esenciales del contrato de trabajo, la carga de la prueba se invertirá al franquiciado o franquiciante, dependiendo de quién funja como empleador, pues de acuerdo al contrato realidad instituido en el mentado artículo y al principio de la primacía de la realidad sobre la forma, prevalecerá la realidad de los hechos y no lo soportado en el papel.
- El principio de la realidad sobre las formas se da en un contexto derivado de la buena fe, cuyo fin es sobreponer los hechos frente a lo soportado en determinados contratos.

- El alcance de la ley laboral se vuelve indispensable y probablemente indeterminable, tanto para generar criterios de justicia, equidad y una optimización del mundo laboral, así como también una reivindicación de los derechos de los trabajadores, que no solo mejoraran las condiciones de vida de ellos mismos, sino que mejoraran el panorama laboral.
- No existe una cifra determinada, emitida y avalada por ningún estamento estatal sobre cuantas franquicias que operando en el país contraten personal a través de los parámetros del CST y demás leyes laborales relacionadas, por lo que se podría inferir que no hay un seguimiento a las recomendaciones y directrices del programa de Trabajo Decente de la OIT.

5. Referencias bibliográficas

- Abascal Rojas, F. (2003). *Distribución y franquicia. Oportunidades de negocio ante el impacto de la mundialización/Globalización*. Madrid: ESIC Editorial.
- Aldave, M. C. (2004). *Las Franquicias en Mexico: Una nueva visión*. México D.F: FONDO EDITORIAL FCA.
- Aldave, M. C. (2005). *Franquicias: Una perspectiva mundial*. México D.F: FONDO EDITORIAL FCA.
- Alvarez, M. F. (2005). El contrato de Franquicia Internacional en Colombia. *Revista Foro del Jurista*, 139-146.
- Añez, C. (2015). La franquicia en las empresas cervezas y relación laboral encubierta . *Publicaciones Urbe - Volumen VII*,
<http://publicaciones.urbe.edu/index.php/lexlaboro/article/viewArticle/3240/4905>.
- Barreiro, G., & Rodriguez, S. (s.f.). *La Expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social. Especial referencia a la Franquicia y al Contrato de Agencia*. Recuperado el 05 de Febrero de 2016, de
<http://www.elblogdelafranquicia.com/la-expansion-de-las-formas-atipicas-de-trabajo-y-su-necesaria-proteccion-social-especial-referencia-a-la-franquicia-y-al-contrato-de-agencia>
- Bermúdez Gonzalez, G. J. (2002). *La Franquicia: Elementos, relaciones y estrategias*. Madrid: ESIC EDITORIAL.
- Bescos, M. (1989). *Franquicia Internacional, la opcion empresarial de los años noventa*. Madrid: Extemcom S.A.

Camacho, M. E. (2005). Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista Mercatoria Volumen 4, Núm 1.*, Pg 1-34.

CAN (2000). *Decisión 486 de 2000*. Regimen común sobre propiedad horizontal. Comunidad Andina de Naciones - CAN. 14 de Septiembre de 2000

Cancilleria de Colombia. (s.f.). *Pagina web de la Cancilleria de Colombia*. Recuperado el 7 de 01 de 2016, de Organismos intergubernamentales:

<http://www.cancilleria.gov.co/international/multilateral/inter-governmental/unidroit>

Carballo, C. A. (2001). *Contrato de Franquicia y responsabilidad laboral en el Derecho del trabajo venezolano - Extracto y/o Resumen que revisa parcialmente lo expresado en el libro 'Delimitación del contrato de Trabajo*. Caracas: Universidad Catolica Andres Bello de Venezuela.

Codigo Civil Colombiano. (26 de Mayo de 1873). Codigo Civil Colombiano. *Ley 57 de 1887*. Bogotá.

Código de Comercio Colombiano (!971). Decreto 410 de 1971. Bogotá D.C, Cundinamarca, Colombia. (27 de Marzo de 1971)

Codigo sustantivo de Trabajo. (1950). *Codigo Sustantivo del Trabajo - Decreto 2663 de 1950*. Bogotá D.C.: Congreso de la Republica de Colombia.

Constitución Política de 1991 de Colombia. (1991). Bogota D.C.

De La Cueva, M. (1943). *Derecho Mexicano del Trabajo* 2da Edición. Mexico D.F.: Editorial Porrúa.

Decreto 4588 de 2006. Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Publicado en el diario Oficial

46494 de Diciembre 27 de 2006. *Art. 5.* Presidencia de la Republica.. Bogotá D.C., Colombia.

Decreto 4588 de 2006. Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado. Publicado en el diario Oficial 46494 de Diciembre 27 de 2006. *Art. 10.* Presidencia de la Republica. Bogotá D.C., Colombia.

Frias, J. L. (2011). Los contratos de prestación de servicios vigentes bajo la legislación laboral vigente en Bolivia. *Iuris Tantum - Revista Boliviana de Derecho No. 11.* 240 - 258.

García, C. P., & Aguilar, J. C. (2007). Sistema de indicadores dirigido a la identificación del nivel de oportunidad de la creación de Franquicias en las PYMES. Bogotá D.C: Universidad de San Buenaventura, Facultad de Ciencias Empresariales.

Gerencie.com, (2014). Cartilla Laboral 2014, Primera Edición, Bogotá D.C., Ecoe Ediciones.

Gonzalez, R. (2010). Analisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia. Bogotá D.C.: Universidad Pontificia Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas.

Gonzalez, E., & Gonzalez, R. (1994). *La experiencia de las franquicias.* Editorial McGraw Hill. Mexico D.F. 1994

Morejón Grillo, A. (2009). El contrato de Franquicia. *Universidad de Cienfuegos “Carlos Rafael Rodríguez”.* Cuba.

Hernandez, C., & Nava, Y. (2012). Subcontratación: Relación laboral encubierta. *Telos, Vol. 14, Núm. 3 - Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín - Maracaibo - Venezuela,* 333 - 345.

- <http://www.oocities.org/>. (2012). *Organization Oocities*. Recuperado el 12 de Septiembre de 2012, de: http://www.oocities.org/perfilgerencial/Franquicia_2.html
- Lecompte, I., & Visbal, M. (2013). La responsabilidad del Franquiciante y Franquiciado frente al consumidor. Univ. Estud. Bogotá N° 10:227-250. Recuperado el 07 de Octubre de 2015.
- Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el Sistema de Seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Fecha de expedición 23 de Diciembre de 1993. *Congreso de la Republica de Colombia*. Diario Oficial 41.148 del 23 de Diciembre de 1993. Bogotá, Colombia.
- Loaiza, L. M. (2013). Panorama del contrato de franquicia en Colombia: entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la norma técnica [recurso electrónico] (Master Thesis). Tomado de (<http://hdl.handle.net/10906/77604>)
- Mantilla, F. (2007). La constitucionalización del Derecho Privado. *Revista oficial del Poder Judicial* 1/2, 245-262.
- Marzorati, O. (2001). Franchising. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Concepto No. 289333. *Referencia Radicado No. 262855 - Contrato de Prestación de Servicios*. Ministerio de la Protección Social. (28 de 09 de 2008). Bogotá D.C., Colombia.
- Moncada, M., & Monsalvo, Y. (2000). *Implicaciones Laborales del Outsourcing* (Doctoral dissertation, Tesis de Grado no publicada, para optar al Título de Abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis15.pdf>).
- Mosquera, F. (2010). La Franquicia: Una estrategia de crecimiento empresarial. *Revista MBA EAFIT*, 70-85.
- Muñoz, A. (2012). Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo. *Pensamiento Americano*, Vol. 5, no. 8. 9-14.

- Navas Herrera, M. F., & Mosquera Moreno, A. M. (2009). El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. *Vniversitas*, (119), 279-304.
- O.I.T. (2002). R193 Recomendación sobre la promoción de las cooperativas. 20 de Junio de 2002. Ginebra, Suiza. --- > Modificar en el texto.
- OIT. (2015). Recuperado el 07 de 11 de 2015, de Programa de Trabajo Decente - Organización Internacional del Trabajo: Consultado en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--es/index.htm>
- O.I.T. (2006). *La relación de trabajo*. Ginebra: Informe V - Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión.
- OIT, (Caso Núm. 2595, 2007), Informe Núm 354, Junio 2009, Caso Núm 2595 (Colombia), Fecha de presentación de la queja: 18 de Sept. de 2009 - En seguimiento
- ONU. (10 de Diciembre de 1948). *Pagina Web de la Organización de Naciones Unidas*. Recuperado el 20 de Enero de 2016, de Declaración Universal de Derechos Humanos: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- O.N.U. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Ginebra: Naciones Unidas*.
- Perez, J. (1995). Outsourcing, una alternativa en expansión. *Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas*, 42.
- Perez, M. (2012). Contratación laboral, intermediación y servicios. Bogotá D.C: Legis Editores S.A.
- PGN. (2010). *Trabajo digno y decente en Colombia, Seguimiento y control preventivo a las políticas públicas*. Recuperado el 07 de 11 de 2015, de Pagina web Procuraduría General

de la Nación Colombia:

[http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas\(1\).pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Trabajo%20digno%20y%20decente%20en%20Colombia_%20Seguimiento%20y%20control%20preventivo%20a%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas(1).pdf)

Podetti, H. A. (1991). *Los principios del derecho del trabajo*. Recuperado el 19 de 02 de 2016, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/11.pdf>

Quintero, P. J. (2012). *El contrato de Franquicia*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.

Quiñonez, S. A. (2012). *La responsabilidad del Franquiciador ante terceros, clientes del Franquiciado*. En S. A. Quiñonez. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibañez.

Rodriguez, L. R. (2000). *Vicisitudes del derecho administrativo y sus desafios en el Siglo XXI. Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Ciudad de Mexico D.F. Recuperado el día 19 de Febrero de 2016.

Rodriguez, M. C., & Mora, N. C. (2013-II). *K-LISTO: Franquicia como una estrategia de expansión*. Bogotá D.C: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C - 154 de 1997. *M.P. Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia. 19 de Marzo de 1997.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 016 de 1998. *M.P. Fabio Moron Diaz*. Bogotá D.C., Colombia. 04 de Febrero de 1998.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 023 de 1994. *M.P. Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia. 27 de Enero de 1994.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 1008 de 2010. *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia. 09 de Diciembre de 2010.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 125 de 2000. *M.P. Carlos Gaviria Diaz*. Bogotá D.C., Colombia. 16 de Febrero de 2000.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 154 de 1997. *M.P. Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia. 19 de Marzo de 1997.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 168 de 1995. *M.P. Carlos Gaviria Diaz*. Bogotá D.C. , Colombia. 20 de Abril de 1995.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 425 de 2005. *M.P. Jaime Araújo Rentería*. Bogotá D.C. Colombia. 26 de Abril de 2005.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia C 665 de 1998. *M.P. Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia. 12 de Noviembre de 1998.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia SU 508 de 2001. *M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C., Colombia. 17 de Mayo de 2001.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia T 116 de 1993. *M.P. Hernando Herrera Vergara*. Bogotá D.C., Colombia. 26 de Marzo de 1993.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia T 149 de 1995. *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá D.C., Colombia. 04 de Abril de 1995.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia T 287 de 2011. *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia. 14 de Abril de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 572 de 1999. *M.P. Fabio Moròn Diaz*. Bogotá D.C., Colombia. 11 de Agosto de 1999

Sentencia C 355 de 1994. (11 de Agosto de 1994). *Corte Constitucional de Colombia* - *M.P. Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá D.C., Colombia.

Sentencia SU 519 de 1997. (15 de Octubre de 1997). *Corte Constitucional de Colombia* - M.P:

José Gregorio Hernandez Galindo. Bogotá D.C., Colombia.

Sentencia T 166 de 1997. (01 de Abril de 1997). *Corte Constitucional de Colombia* - M.P. *Jose*

Gregorio Hernandez. Bogota D.C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia . Sentencia T 011 de 1998. M.P. *Jose Gregorio Hernandez*

Galindo. Bogotá D.C., Colombia. 29 de Enero de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 556 de 1998.M.P. *Josè Gregorio Hernandez*

Galindo. Bogotá D.C.,Colombia. 06 de Octubre de 1998.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C - 934 de 2004. M.P. Jaime Cordoba

Triviño.Sentencia 29 de Septiembre de 2004.

SIC. (27 de Julio de 2001). *Auto No. 3449 de 2005 - Expediente 5860*. Recuperado el 17 de 09 de

2015, de Daño o deterioro del Buen nombre o "Good Will":

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/publicaciones/Boletines/08ago2005.html#Auto3449

SIC, S. d. (2015). *Nombres y enseñas comerciales*. Recuperado el 03 de Septiembre de 2015, de

<http://www.sic.gov.co/drupal/nombres-y-ensenas-comerciales>

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. (13 de Marzo de 2002). www.sic.gov.co.

Obtenido de Concepto 02006730 del 13 de Marzo de 2002:

http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic9144.htm

Tamayo, J. (1999). De la responsabilidad civil, Tomo 1. En J. T. Jaramillo. Bogotá D.C.:

Editorial Temis S.A.

UNIDROIT, I. I. (2005). *Guia UNIDROIT de Franquicia*. Roma: UNIDROIT - Via Panisperna, 28-00184.

Valencia Zea, A. (1998). Derecho Civil, Tomo III, De las obligaciones. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Vega Archibold, G. (2012). *Los contratos atipicos frente a la autonomia de la voluntad privada y su regimen juridico aplicable*. Santiago de Cali: Universidad de San Buenaventura, Seccional Cali, Facultad de Derecho y Ciencias Politicas, Programa de Derecho.

www.gerencie.com. (20 de 12 de 2010). *Contrato de trabajo realidad*. Recuperado el 17 de 02 de 2016, de <http://www.gerencie.com/contrato-de-trabajo-realidad.html>

www.gerencie.com. (2015). *www.gerencia.com*. Recuperado el 07 de 11 de 2015, de <http://www.gerencie.com/contrato-de-servicios.html>

www.gerencie.com. (2016). Recuperado el 15 de 01 de 2016, de <http://www.gerencie.com/en-que-consiste-el-derecho-de-todo-trabajador-que-se-denomina-in-dubio-pro-operario.html>

www.historiasdegrandes exitos.com. (19 de Julio de 2015). Obtenido de <http://www.historiasdegrandes exitos.com/2008/08/historia-de-mcdonalds.html>

www.minsalud.gov.co. (s.f.). *www.minsalud.goc.co*. Recuperado el 05 de Febrero de 2016, de Pagina Web del Ministerio de Salud de Colombia:
<https://www.minsalud.gov.co/Lists/Glosario/DispForm.aspx?ID=57&ContentTypeId=0x0100B5A58125280A70438C125863FF136F22>

www.sumalegal.com. (2016). *CONCEPTO MINISTERIO DEL TRABAJO: ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD*. Recuperado el 17 de 02 de 2016, de Elaborado por: Clara Patricia Correa Jaramillo, Abogada Suma Legal.:
<http://www.sumalegal.com/SUMA/index.php/en/publicaciones-3/20-derecho-laboral/36-concepto-ministerio-del-trabajo-elementos-del-contrato-realidad>

