

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria*

*David Esteban Bedoya Sánchez***

*Andrea Monroy****

*Andrés Palomino Jaramillo*****

Asesores: Denis Contreras Posada

Jorge Mario Franco Vélez

Resumen

El modelo de la franquicia comercial hace parte de las estrategias adoptadas en muchos países con miras a dinamizar la economía, crear confianza en el mercado, brindar oportunidades de expansión y crecimiento empresarial bajo la visión de un modelo de negocio con éxito probado y con la promesa de darle seguridad, independencia laboral y económica a los franquiciados que con prisa buscan la rentabilidad que ofrece dicho modelo.

Pese a que la franquicia comercial tiene una evolución histórica que data desde la edad media, cuenta hoy con un escaso marco regulatorio en Colombia y en otros países. Esta situación genera dudas en cuanto al tipo de relación existente entre franquiciante y franquiciado, así como el alcance que tiene la figura de la responsabilidad solidaria en relación con los derechos de los trabajadores.

En el plano de lo real, una relación laboral no se conceptualiza por la forma mediante la que se pretende reglamentar, si no que se tipifica con unos hechos concretos, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, respondiendo a unos criterios en los que se fundamenta el Estado social y constitucional de derecho.

Según el Artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante CST), el trabajador en Colombia goza de una protección especial del Estado, y conforme a los artículos 1º y 5º de este código, se pretende “lograr una justicia entre las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores” “cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo” (CST), lo cual constituye una relación laboral que produce efecto general inmediato y que goza de un mínimo de derechos y garantías consagradas en el CST en favor del trabajador.

* Trabajo presentado en la materia Proyecto Integrador V del Núcleo Básico de Fundamentación Jurídica. Facultad de Derecho, Corporación Universitaria de Sabaneta -Unisabaneta-.

** Estudiante de quinto semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: david.bedoya@unisabaneta.edu.co

*** Estudiante de quinto semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: andrea.monroy@unisabaneta.edu.co

**** Estudiante de quinto semestre de la facultad de Derecho de Unisabaneta. e-mail: andres.palomino@unisabaneta.edu.co

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

El presente artículo busca identificar si alrededor de la franquicia comercial existe, según lo define el artículo 1º del CST, “un espíritu de coordinación económica, equilibrio social”, bienestar individual y colectivo y una calidad de vida integral que deben ser objeto de toda relación laboral; o si está planteado como un modelo que facilita la materialización de una relación laboral disfrazada que solo busca escapar de los costos y limitaciones que regula la legislación laboral y de la seguridad social en favor del trabajador.

Palabras clave: Franquicia comercial; Relación laboral; Responsabilidad solidaria; Tercerización.

The commercial franchise and the figure of joint and several liability

Abstract

Commercial's franchise model makes part of the strategies adopted in many countries to stimulate the economy to develop a market confidence, providing opportunities for expansion and business growth under the vision of a business model with proven success and the promise to give security, work and economic independence to franchisees seek hurry profitability offered by the mentioned model.

Although the commercial franchise has a historical development dating from the Middle Ages, has today little regulatory framework in Colombia and other countries. This situation raises questions about the type of relationship between franchiser and franchisee, and the scope that has the figure of joint liability with the rights of workers.

In terms of reality, a labor relationship is not conceptualized by the forms that it can regulate, but it is typified with specific facts, under the principle of the primacy of reality over form, responding to criteria in which it is based social status and constitutional right.

According to Article 9 of the Colombian Labor Code "CST", enjoys a special state protection, and under Article 1 and 5 of that law is to "achieve justice between the relations arising between employers and workers" "whatever their purpose provided that is effected pursuant to a contract of employment" (the Labor Code, 2015), which is a working relationship that produces overall effect immediately and generally enjoying a minimum of rights and freedoms contained in the Colombian Labor Code "CST" guarantees for the worker.

This research project seeks to identify whether around the commercial franchise exists as defined in Article 1 of Colombian Labor Code "CST", "a spirit of economic coordination, social balance", individual and collective welfare and quality of integral life that should be subject to all employment relationship, or if it is presented as a model which facilitates the materialization of a disguised employment relationship that only seeks to escape the costs and limitations governing labor law and social security in favor of the worker.

Keywords: Franchising; Employment relationship; Joint and several liabilities; Outsourcing.

Introducción

La franquicia comercial se ha presentado como un modelo de negocios que permite un crecimiento rápido, seguro y confiable, capaz de generar empleo y contribuir al sostenimiento de las economías de los países donde se desarrolla. Como resultado, la franquicia no solo como modelo de negocios sino como estrategia internacional de expansión le permite a los franquiciantes tener control del negocio y al mismo tiempo percibir réditos, sin la necesidad de afrontar las obligaciones que surgen de su actividad económica, ya que las obligaciones o los riesgos recaen sobre el franquiciado.

Con la evolución del modelo de la franquicia comercial, se tiene hoy un sistema con atributos que no permiten definir con facilidad el grado de responsabilidad que el franquiciante tiene con el trabajador del franquiciado, ya que el discurso se ha centrado principalmente en la esfera comercial, del emprendimiento, la motivación, las ganancias y no desde el Derecho, específicamente del Derecho laboral.

En el contrato de franquicia, aparecen elementos que suman complejidad a este modelo de negocio, como en el caso del trato que se le da a la propiedad intelectual, la competencia, la presencia o ausencia de regulación normativa y la situación económica de cada país. Una alta cifra de desempleo y la ausencia de regulación pueden convertirse en condiciones que favorecen un ambiente social donde el modelo de la franquicia comercial se desvirtúa, confundiendo la asesoría y la colaboración por parte del franquiciante con la dominación, dando como resultado una precarización de las condiciones laborales, el beneficio de las ofertas del sector de la tercerización y la afectación de la situación jurídica del trabajador de una empresa franquiciada.

Actualmente, la figura de la franquicia comercial en Colombia carece de un marco regulatorio específico que permita dar claridad al tipo de responsabilidades y obligaciones que nacen de la relación entre franquiciante y franquiciado, y de la incidencia de esta relación sobre los derechos de los trabajadores.

Este trabajo busca identificar las implicaciones derivadas de la figura de la responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado ante una demanda laboral dentro del sistema normativo colombiano, atendiendo a que el modelo de franquicia comercial pese a ser un contrato atípico, no puede ser ajeno a la realidad que se encuentra presente en las relaciones laborales.

En la primera parte se indaga acerca de la evolución de la figura jurídica del contrato de franquicia en Colombia, iniciando desde los aspectos históricos de la franquicia, los elementos que intervienen en el contrato, su relevancia en la economía e implementación en Colombia. En la segunda parte, se realizará un comparativo entre la regulación normativa existente sobre la franquicia comercial en EE.UU, México y Colombia, identificando los pronunciamientos más relevantes que se han presentado en materia de responsabilidad solidaria aplicada a la franquicia.

Por último se evalúan las implicaciones laborales que produce la figura de la franquicia comercial desde el franquiciante y franquiciado con el trabajador, categorizando las relaciones que surgen del contrato de franquicia, los niveles de responsabilidad entre franquiciante y franquiciado, la visión del derecho laboral en su dimensión colectiva frente a la franquicia, la situación jurídica de los trabajadores en la franquicia, la importancia de la etapa probatoria para determinar si se configura una relación de control y la figura de la tercerización laboral atípica

1. Evolución jurídica de la figura de la franquicia comercial en Colombia

1.1 Antecedentes de la franquicia Comercial

Podría pensarse que las expresiones “Concesión de derechos, libertad económica, apertura de mercados” son términos más cercanos a los tiempos de la llamada globalización

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

económica; sin embargo, estos términos han acompañado al modelo de la franquicia comercial desde sus orígenes en la edad media, y no son ajenos a la finalidad que persigue cualquier negocio o empresa, como es la rentabilidad.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (RAE, 2016), la palabra franquicia proviene de franco, que a su vez es una “exención que se concede a alguien para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de algún servicio público” o dicho de otra manera en un sentido amplio es una licencia o un privilegio. Según Alfredo Manuel Coelho, la franquicia en la edad media era un “derecho o una prerrogativa” (Coelho, 2006) en la cual el propietario de un bien le confería a un tercero la capacidad de utilizarlo para luego distribuir los beneficios de la actividad productiva derivada de dicho bien.

Coelho indica que existen cuatro etapas que marcan claramente el desarrollo de la franquicia comercial. La primera es la denominada “*tied-house systems*” que se presentó alrededor del siglo XVIII con los fabricantes de cerveza alemana, y donde estos contrataban con las tabernas la venta exclusiva de sus marcas de cerveza. Luego en el siglo XIX la empresa Singer Sewing Machine Company comenzó a vender productos directamente a los representantes de ventas o fuerza de ventas con precios preferenciales para que estos a su vez retribuyeran a la empresa con la apertura de nuevos mercados.

El anterior modelo se denominó “*product-trade name franchising*”, en esta etapa comienza a definirse el rol del franquiciante, el franquiciado y la distribución de una marca específica. Posteriormente Coelho indica que fabricantes de la industria automotriz y gasolineras comenzaron a replicar el modelo de operación planteado por Singer, especialmente después de la primera guerra mundial. Así mismo, en el escrito “*History of world trade since 1450*” el mismo autor expone que fue en

esta etapa donde los franquiciantes descubrieron el potencial del negocio de la franquicia comercial, especialmente por el ahorro que representaba librarse de los problemas de distribución y entrega de los productos ya que “estos problemas se resolvían con el capital de otro al mismo tiempo que se expandía y valorizaba la marca” (Coelho, 2006).

La tercera etapa de la franquicia se desarrolló con los restaurantes A&W en el siglo XX y se conoció como la etapa del “*package*”. Todo el formato del negocio es el “*package*” y desde 1950 según (Coelho, 2006) es la forma más común de la franquicia, porque el franquiciado debe replicar todo el formato del concepto de negocio del franquiciante, producto, lema comercial, signos distintivos, marca, métodos, estructura y operación. Este modelo maduró en 1980 y desde esa década es el más usado también en hoteles y comidas rápidas.

Ante la fiebre que despertó el negocio de la franquicia comercial desde los años 50 y consecuentemente la gran cantidad de fraudes que sobrevinieron, se creó en 1960 la International Franchise Association con la finalidad de fortalecer la industria de la franquicia en el mundo. La IFA (siglas en inglés) se encuentra hoy vigente, sin embargo no como un órgano regulatorio sino como una institución que busca mejorar las relaciones entre franquiciante y franquiciado, así como servir de puente entre todos aquellos que están interesados en incursionar en el mercado de la franquicia.

Por último, se tiene que la cuarta etapa de la franquicia comercial se conoció como la de “*innovative solutions*” (Coelho, 2006) agregando elementos de valor a la oferta, como por ejemplo incluir figuras de acción en los empaques de comidas rápidas o regalar un aditivo de combustible en una estación de gasolina a modo de alianza estratégica para lanzar y posicionar un nuevo producto. Básicamente se busca mejorar las ofertas del “*package*” que ya se conocía en la tercera etapa para disminuir costos y generar nuevos ingresos.

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

La franquicia vista desde la edad media ha evolucionado notoriamente hasta nuestros días, pues podría encontrarse que la época del feudo guarda cierta relación cruda con la franquicia. No obstante la figura evolucionó en cuatro momentos, de los cuales tres fueron decisivos y le dieron la forma que hoy se conoce ampliamente, para llegar a una etapa actual donde el formato del negocio y las alianzas estratégicas tratan de garantizar continuidad y presencia en el mercado.

1.1.1 La franquicia y su relevancia en la economía mundial

En este punto no resulta clara la definición que hace la RAE sobre el significado de la palabra franquicia, por tanto es necesario definir el concepto de forma que permita avanzar en el desarrollo del tema aquí planteado. Según Coelho (2006) la franquicia “es una red de firmas en la cual un fabricante de un producto o servicio (franquiciante) otorga derechos exclusivos a emprendedores locales (franquiciados) para llevar a cabo un negocio en un área definida, usando métodos prescritos en un tiempo específico”.

Lo anterior implica que el franquiciante puede otorgarle al franquiciado la licencia de uso de la propiedad intelectual, el know-how, logos, lemas comerciales, marcas, modelo de negocio, signos distintivos, asesoría permanente y colaboración. Se debe aclarar que la anterior definición no permite diferenciar del todo la figura de la franquicia con otras como la concesión o el contrato de distribución, pero los investigadores se acogen temporalmente a la interpretación de Coelho.

Sin embargo, como se verá más adelante, la licencia que el franquiciante le otorga al franquiciado se puede convertir al mismo tiempo en una exigencia, ya que como se evidenció en el modelo “package” de la franquicia si el formato de negocio del franquiciado debe ser igual al del franquiciante, se tendría enton-

ces un alto grado de injerencia por parte del último. En el caso de un establecimiento como un restaurante, se podría exigir una misma distribución de sillas, mesas, colores, equipos, música, iluminación, menú, método de fabricación, compra de insumos, comportamiento de los trabajadores con los clientes, uniformes, entre otros, de tal manera que la experiencia sea para el cliente totalmente transparente.

Al mencionar la palabra franquicia casi siempre se evocan restaurantes de comidas rápidas, pero el modelo aplica a muchos sectores empresariales. Para Coelho (2006) existen dos tipos de franquicia, la primera es “product distribution” y la segunda “business format”, caracterizándose la primera porque el franquiciado vende todos los productos del franquiciante pero no se llega al punto en que el franquiciante controla todo el sistema sino que hay una entrega parcial de licencias o una autorización para distribuir y usar la marca. En el segundo caso del “business format o package” hay una réplica de todo el concepto de negocio, a tal punto que para los investigadores en este tipo de modelo el franquiciante y el franquiciado son recíprocos.

Así las cosas el modelo de franquicia según Karelys M. Osta no permite una cuantificación precisa de las cifras sobre el impacto en la economía mundial porque intervienen gobiernos, asociaciones de franquicias y empresas consultoras, “pero tal situación no pone en duda la trascendencia de la franquicia en la actividad económica a nivel mundial” (Osta, 2006). Para la autora, en los países primero se implementan franquicias internacionales y luego se desarrollan emprendimientos locales que en algunas oportunidades pueden trascender nuevos mercados.

En Europa se caracterizan Francia, Alemania y el Reino Unido como los países que tienen el mayor volumen de ventas, tamaño de redes y generación de empleos directos e indirectos. Por otro lado en Asia se destacan

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

China, Japón, Filipinas e India con cifras que superan por mucho a Europa en cuando a redes, establecimientos y generación de capital.

En el caso de Latinoamérica los países que encabezaban la lista con mayor desarrollo del modelo de franquicia comercial hasta el año 2006 eran Brasil, México y Argentina. Desde el año 2009 México y Colombia han tenido el desarrollo más acelerado del modelo de franquicia en Latinoamérica, según el diario La República, citado por Estepa (2010). El investigador Rodrigo Plazas (Estepa, 2010) indica que el modelo de franquicia comercial ha contribuido a superar la crisis económica mundial en los países que la han implementado, y representa para el caso colombiano una oportunidad para potenciar el crecimiento económico por tratarse de una estrategia novedosa en el territorio nacional.

Respecto a EE.UU, merece destacarse que la franquicia comercial maduró en ese país (Coelho, 2006) pero finalmente pasó por un periodo de inestabilidad debido a que “se saturaron las franquicias de comidas rápidas” y por tal razón avanzaron a franquicias de comunicaciones y transporte. El estudio de Karelys M. Osta concluye que las franquicias son un elemento dinamizador de la economía mundial porque “permite reproducir iniciativas empresariales exitosas” (Osta, 2006).

Pese a lo anterior, el estudio de Karelys M. Osta también refiere a Gibson y Fairbourne (citados por Osta, 2006) al afirmar que la franquicia “es una manera superior de crear y replicar empresas privadas y sociales exitosas en economías en desarrollo, y las incluyen como el paso de mayor efectividad de desarrollo económico a largo plazo para intervenir la pobreza potencial, ya que brindan modelos y formatos empresariales a los pobres, constituyendo una manera efectiva de acelerar la creación de empresas locales exitosas”.

Sin embargo, no encuentra sustento en la anterior afirmación ya que el franquiciado es

el encargado de correr los riesgos empresariales, aportar el capital, el tiempo y materializar el éxito del negocio. Es una equivocación afirmar que la franquicia es un programa de inversión social o que siquiera persigue tales fines, aunque no se desconoce que la Cámara de Comercio de Medellín se encuentra impulsando programas de micro franquicias para franquiciantes potenciales.

1.1.2 La franquicia en la economía colombiana

La ola del emprendimiento llegó a Colombia desde hace más de una década, y se ha intentado impulsar desde la academia la idea de ser los dueños del propio negocio como una forma de lograr el anhelado éxito profesional. Sin embargo, en la búsqueda por adoptar modelos de negocios innovadores que le den sostenibilidad y confianza al mercado, se ha priorizado la esfera comercial y desestimado la del derecho laboral.

Uno de los factores decisivos para el surgimiento del modelo de franquicia en Colombia fue, según Estepa (2010), la crisis económica que generó la apertura económica en los 90, y ya sea por la necesidad de fortalecer el mercado nacional o por la desidia estatal, la franquicia comercial se ha desarrollado en el país sin un marco regulatorio que de claridad sobre las variables que rodean a esta figura de negocios. Según Colfranquicias (Cámara Colombiana de Franquicias), creada en el 2012 por franquiciantes en Colombia y que busca ser una institución rectora de este modelo de negocios en el país, hoy en Colombia “hay más de 8.900 unidades de franquicias establecidas, de las cuales 4.272 son locales” (citado por Diario la República, 2015).

La anterior cifra cobra relevancia, porque ya Karelys M. Osta había manifestado en el año 2006 que el comportamiento de la franquicia en los países Latinoamericanos es la de una disminución de los franquiciantes extran-

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

jeros y un aumento de los franquiciantes locales. A principios del año 2000 había presencia en un 90% de franquiciantes extranjeros y hoy es del 52% (Diario la República, 2015), siendo Estados Unidos el país con mayor presencia en Colombia. Las cifras de Colfranquicias refieren a 580 marcas divididas en 8.900 unidades de franquicias con un 38% ocupando el comercio detallista, 36% a restaurantes y 26% al sector de la educación, salud y cuidado personal, generando cerca de 37.000 empleos en el país.

El informe de Colfranquicias también indica que la franquicia comercial se está fortaleciendo en el sector petrolero, gas, agro y multimedial. El Dr. José Roberto Acosta citado por (Diario la República, 2015) afirma “si bien los tratados comerciales que ha concretado Colombia cierran posibilidades al productor y empresario local, también lo obliga a ser original y agresivo. En ese sentido han salido muchas iniciativas y proyectos colombianos que han alimentado el nuevo indicador de franquicias nacionales”, ya que “los cambios que ha presentado la franquicia en Colombia son efectos del TLC” (Estepa, 2010).

Sin embargo, cabe cuestionarse sobre las implicaciones que representa para las condiciones laborales de los trabajadores el que los productores y empresarios colombianos tengan que ser originales y agresivos, ya que dicha agresividad y originalidad puede entrever un trasfondo de explotación y precarización de derechos, en los cuales se sacrifica al trabajador en aras de obtener el máximo beneficio.

Además, el país no es ajeno al fenómeno que se presentó en los años 50 y 60 en EE.UU y que dio origen a la IFA, ya que la fiebre de las franquicias trajo consigo una serie de fraudes y malos negocios que afectaron directamente a los entusiasmados franquiciados en busca de negocios con éxito seguro. Desde el 2010 en Colombia comenzó un crecimiento desenfrenado de la franquicia y “se registraron 29.000 solicitudes de las cuales el 60% eran negocios nacionales” (Diario la República, 2015). Estas cifras despiertan la preocupación de los investigadores porque puede operar la mala fe en franquiciantes jóvenes que oferten sus negocios a posibles franquiciados inexpertos que desconocen las obligaciones que surgen de este tipo de contrato.

Surge la siguiente pregunta ¿En dos o tres años de operación una empresa pequeña puede llegar a madurar el concepto del know-how a tal punto de poder volverse franquiciante? Esta preocupación también es compartida por Colfranquicias que advierte en sus recomendaciones al momento de abordar este negocio que no todas los franquiciantes son profesionales en su actividad y por tanto no es una fórmula consolidada e implica un riesgo para el franquiciado.

Se presenta en la siguiente tabla la información correspondiente al costo de implementación de una franquicia reconocida, usando como fuente un estudio del Diario la República (La República, 2015).

Tabla 1. Costos para implementar una franquicia reconocida en Colombia (La República, 2015)

Franquiciante	Presencia en Colombia	Inversión	Tiempo para desarrollar el local	Pago a la marca	Punto de equilibrio
Subway	Más de 350 puntos de venta	\$290 millones a \$422 millones por local	Tres o cuatro meses	12.5% de regalías semanalmente sobre las ventas netas	Entre tres y seis meses
Bogotá beer Company	24 pubs en cinco ciudades	\$120 millones y \$150 millones para el formato “bodega”	Un mes	3% sobre las ventas	Depende de la ubicación de la tienda
Dogger	Más de 110 locales	Hasta \$290 millones	Un mes	Gasto en insumos de hasta 50%	La marca no asegura un tiempo exacto
Servientrega Efecty	Más de 600 puntos	Hasta \$15 millones	Un mes	Sistema de comisión por línea de negocio	Se alcanza dependiendo del flujo de envíos

Fuente: La República, 2015

1.2 Elementos del contrato de franquicia comercial

Los elementos del contrato de franquicia comercial aparecen en la misma definición que hace el Icontec en la norma técnica NTC5813 “acuerdo por medio del cual una de las partes –franquiciante– concede a la otra –franquiciado– el derecho de probar un sistema de negocio probado, replicable y transmisible que involucra la licencia de uso de signos distintivos, y en algunos casos, derechos de autor, nuevas creaciones y/o secretos industriales en un territorio y período determinados, contra pagos directos o indirectos (cualquiera que sea su denominación) proporcionando el conocimiento y la asistencia que facilita su explotación” (Icontec internacional, 2010).

De la anterior definición destaca la relación contractual entre las partes (franquiciante y franquiciado), la figura de la autonomía de la voluntad, la licencia de uso (transferencia de propiedad intelectual) de la marca y el know-

how (el conocimiento exclusivo, imprescindible para el perfeccionamiento del contrato, transmisible y con valor en el mercado que contiene la experiencia y las prácticas que garantizan la operación del negocio del franquiciante a nivel comercial, de mercadeo, fabricación, distribución, perfil de la planta de trabajadores, entre otros).

La definición que hace el Icontec carece de una característica muy conveniente para el modelo de la franquicia y es la independencia que se pretende debe existir entre franquiciante y franquiciado, de tal manera que no surjan obligaciones inconvenientes para este modelo de expansión empresarial y para el cliente no exista diferencia porque comparten la misma imagen comercial.

Otro elemento que se deduce de la definición es la temporalidad y el territorio en el cual se realiza la actividad económica, porque un franquiciado no compra una franquicia, sino que adquiere la licencia de uso de ésta. La

asesoría o asistencia por parte del franquiciante es otro elemento existente para que el franquiciado alcance el punto de equilibrio en el menor tiempo. Respecto al territorio, la norma técnica NTC5813 considera que la Internet también hace parte del territorio, una afirmación en la que pueden confundir el espectro electromagnético con el concepto de la Internet; aunque un dominio es un bien susceptible de valoración económica y de apropiación, no se ve relación con el concepto material y físico de territorio.

El pago es el otro elemento fundamental de la franquicia, porque puede ser un pago por un derecho de entrada (canon de entrada), regalías mensuales o semanales (royalty), compra exclusiva de bienes/servicios al franquiciante, pagos a un fondo común destinado a publicidad, pagos por soporte en tecnología, asesorías comerciales; entre otros.

1.3 El contrato de franquicia en Colombia

Teniendo los elementos que intervienen en el contrato de franquicia, se debe aclarar que se trata de un contrato atípico en el ordenamiento colombiano, que se ha desarrollado más desde el derecho consuetudinario y las obligaciones que surgen de las relaciones contractuales.

No es objetivo de escrito centrarse en la crítica que se hace al modelo de franquicia en cuanto que carece de una regulación específica, ya que la Ley no es la única fuente de Derecho, y el Derecho consuetudinario es perfectamente válido. Sin embargo, se considera que es ventajoso para el franquiciante que el contrato se rija por la costumbre, ya que le representa ventajas fiscales, tributarias, comerciales y laborales, tal como se ve más adelante.

El contrato de franquicia tiende a ser confundido con el concepto de la transferencia de tecnología, la agencia comercial o la concesión. Sin embargo, en 1986 el Tribunal de justicia de

la Comunidad europea en el caso Pronuptia de París se pronunció respecto a la franquicia de la siguiente manera:

“Los contratos atípicos de franquicia de distribución se diferencian en esto de los contratos de concesión de venta o de los que vinculan a revendedores autorizados en un sistema de distribución selectiva, que no van acompañados ni de la utilización de un mismo rótulo, ni de la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni del pago de cánones como contrapartida de las ventajas concedidas” (Tribunal de justicia europeo, 1986)

Con lo anterior se logra establecer la diferencia principal entre el contrato de franquicia comercial y otras figuras de distribución, centrándose en el uso de la marca, la implementación del formato de negocio y el pago del canon al franquiciante.

Puede afirmarse que siendo un contrato atípico, también es de ejecución sucesiva “ya que supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un periodo definido” (Fernández y Acosta, 2000), es un contrato escrito de adhesión porque según los dos autores mencionados, uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión (franquiciado) a las condiciones impuestas por el otro (franquiciante) aunque “algunos tratadistas niegan la índole contractual del modelo de adhesión debido a una voluntad reglamentaria” (Fernández y Acosta, 2000).

El contrato de franquicia también se considera oneroso, bilateral porque las partes contratantes se obligan recíprocamente, lo cual implica interdependencia que a su vez es protegida por la acción resolutoria del contrato (artículo 1546 Código Civil) y la excepción de contrato no cumplido (artículo 1609 Código Civil).

Rodríguez y Fonnegra citados por (Fernández y Acosta, 2000) indican que la categoría de contrato principal o accesorio “es un concepto absurdo” porque “todo contrato subsiste por sí mismo dentro de las condiciones lega-

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

les”, por tanto lo que existe son contratos que producen obligaciones principales y contratos que producen obligaciones accesorias.

La norma técnica NTC5813 del Icontec, contiene un modelo de contrato de franquicia que presenta requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de la franquicia en Colombia y contempla unos aspectos mínimos tendientes a proteger la confidencialidad de los secretos industriales y el know-how del franquiciante.

2. Derecho comparado entre el marco regulatorio de la franquicia comercial en Colombia con la regulación normativa de México y EEUU

2.1 Regulación en México

En Latinoamérica, México es uno de los países con más éxito en la implementación de franquicias (Estepa, 2010), y al mismo tiempo se han hecho pronunciamientos importantes en materia de responsabilidad laboral al punto de no considerar más el contrato de franquicia como atípico.

La Ley de Fomento a la propiedad industrial, publicada por el Diario Oficial de la Federación el 27 de junio de 1991, define en el numeral VII del artículo 2 el siguiente objetivo: “Establecer condiciones de seguridad jurídica entre las partes en la operación de franquicias, así como garantizar un trato no discriminatorio para todos los franquiciatarios del mismo franquiciante”. Es así como esta Ley plantea los requisitos para poder realizar el contrato de franquicia, normativiza las patentes, la protección de los diseños industriales, las licencias y las transmisiones de derechos, secretos industriales, marcas y avisos comerciales.

En el año 2006 se adicionó el siguiente artículo:

Art. 142 Bis 1.- El franquiciante podrá tener injerencia en la organización y funcio-

namiento del franquiciatario, únicamente para garantizar la observancia de los estándares de administración y de imagen de la franquicia conforme a lo establecido en el contrato.

No se considerará que el franquiciante tenga injerencia en casos de fusión, escisión, transformación, modificación de estatutos, transmisión o gravamen de partes sociales o acciones del franquiciatario, cuando con ello se modifiquen las características personales del franquiciatario que hayan sido previstas en el contrato respectivo como determinante de la voluntad del franquiciante para la celebración del contrato con dicho franquiciatario.

Dado lo anterior el franquiciante puede controlar la operación del franquiciado en aras de garantizar que la imagen de la franquicia sea transparente para el cliente, lo cual indica que tiene la facultad de intervenir en la planta de personal y todos los aspectos tendientes a la observancia de los estándares de operación de la franquicia.

Para la autora Ruth González Mulett (2010) resulta interesante evidenciar que la regulación no se hizo a través de una norma específica sino por medio de la propiedad industrial, y concluye que al contrato de franquicia “también le son aplicables la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Civil Federal y Local, Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley Federal del Trabajo, Ley de Competencia Económicas y leyes Especiales”.

La Ley de competencia económica hace una categorización específica de mercados, productos y servicios considerados como “relevantes”. No obstante la Ley de competencia económica no hace ninguna referencia a un significado concreto del término mercado relevante, producto relevante o servicio relevante, si es posible discernir que se refiere a

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

las opciones que un consumidor tiene en un determinado territorio para elegir diferentes bienes y servicios; al mismo tiempo que sobre dicho mercado, bienes y servicios relevantes son aplicados controles relacionados con la competencia para evitar el abuso de la posición dominante.

En materia de leyes especiales son aquellas que contemplan obligaciones que surgen de la relación contractual entre franquiciante y franquiciado, al igual que las demás disposiciones normativas que se crean en materia de franquicias. Hasta el año 2005 se usaba la Circular de oferta de franquicia (COF) de forma tradicional y desde el 2006 se convirtió en exigencia. Se trata de un documento preparatorio en el cual el franquiciante evidencia su situación técnica, jurídica, económica y comercial para darle confianza al futuro franquiciado.

Finalmente la Ley Federal del Trabajo y la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Nación indican que frente al trabajador, en el contrato de franquicia no se puede hablar de contratantes, sino de patrón y trabajador por lo que aparecen obligaciones laborales solidarias que implican que el franquiciante sea solidariamente responsable por los trabajadores del franquiciado, de conformidad al artículo 13 de esta Ley:

“No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”.

2.2 Regulación en Estados Unidos

Como se mencionó al principio, la franquicia comercial maduró en EE.UU (Coelho, 2006), y fue a través del “Disclosure require-

ment and prohibitions concerning franchising and business opportunities venture” o según Michel Kahn citado por (Mulett, 2010) el “Full Disclosure Rule” cuando la Comisión Federal de Comercio obligó a los franquiciantes a elaborar un prospecto de todo el negocio para dar confianza al posible franquiciado antes de celebrar un contrato de franquicia.

Adicional al requerimiento anterior, cada estado acogió también la “Circular de oferta uniforme de franquicia (UFOC)” (Mulett, 2010), con la que refuerzan la normativa interna de entrega de información a los futuros franquiciados y de esta manera evitar fraudes. También cada estado adopta una definición y disposiciones diferentes sobre la franquicia, al punto que en Nueva York el contrato de franquicia puede ser oral.

El “Petroleum marketing act” o Ley del Petróleo (Mulett, 2010), es una norma destinada a un sector específico y busca evitar que se dé la terminación arbitraria del contrato de franquicia en los casos de franquicias de estaciones de combustible.

En 2015 una decisión del National labour relations board (NLRB) contra McDonald’s determinó que dicha empresa comparte con sus franquiciados la responsabilidad sobre el manejo de los trabajadores, con lo cual la NLRB estaría reescribiendo la historia del modelo de franquicias en EE.UU a través del uso de la figura doctrinaria del joint employer, en la cual dos negocios relacionados entre sí comparten el control de un trabajador. Sin embargo es notorio como en México ya se había hecho este avance jurisprudencial y se logró vincular la figura de la responsabilidad solidaria en el contrato de franquicia.

2.3 Regulación en Colombia

No se puede desconocer el principio de la plenitud hermenéutica del Derecho, a partir del cual no es dado argumentar que hay vacíos en la ley, pero el modelo de la franquicia comercial no se ha regulado en Colombia al

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

mismo tiempo que franquiciantes y franquiciados siguen fincados en el discurso de las teorías liberales donde al Estado solo le compete encargarse de la seguridad de sus asociados, ya que “la regulación desestimularía la autonomía de la voluntad de las partes para fijar sus propias reglas, desarticular el negocio y causar un efecto contrario” (Quiroga, 2014).

Ya se ha mencionado que la norma técnica NTC5813 constituye una guía de buenas prácticas y autorregulación en materia contractual, pero no adopta una posición definida respecto a las obligaciones y alcances de la responsabilidad laboral que surgen de la relación franquiciante/franquiciado.

Pese a no estar reglamentada, a la franquicia en Colombia le son aplicables las regulaciones en materia de “propiedad intelectual, secretos empresariales, normas sanitarias, inversión extranjera, compraventa, competencia, consumidor, sociedades y principios generales de Derecho” (Quiroga, 2014) por ser normas relacionadas con temas contractuales. También aplica “la costumbre, la teoría de las obligaciones y las normas generales de carácter imperativo del Código Civil y Código de Comercio” (Mulett, 2010).

Es así como el contrato de franquicia tiene su sustento en “el principio de la buena fe y la autonomía de la voluntad de las partes” (Mulett, 2010) y su capacidad para realizar contratos bajo la libertad económica que refiere la Constitución Política y como lo establece el Código Civil en el artículo 1602 “el contrato es Ley para las partes”, siempre y cuando no contravenga las normas de orden público.

Un hallazgo interesante en cuanto al contrato de franquicia, lo constituye uno de los resultados obtenidos en el estudio “Valoración de los recursos intangibles: un análisis empírico para el sector de la franquicia” de (Juste, Palacios, & Redondo, 2006) en el cual evidenciaron que en el modelo de franquicia muchas veces más significativo que el grado de injeren-

cia que pueda resultar del contrato, es el royalty o el pago periódico que el franquiciado le debe hacer el franquiciante. Por lo tanto, el canon (pago para entrar a la franquicia) o el royalty (las regalías) cobran mayor relevancia, y junto a otras variables comerciales son las que tienen las prerrogativas (reputación, imagen de la marca, propiedad intelectual, acreditación).

Ya se ha reiterado a lo largo de este artículo que el contrato de franquicia comercial es un contrato atípico en Colombia y no se encuentra reglamentado, no obstante es fundamental aclarar que el hecho de la atipicidad de los contratos no se refiere necesariamente a que permitan todo tipo de transgresión legal y la tipicidad del contrato a uno que contemple todas las implicaciones y posibilidades que puedan surgir de su celebración, ya que la elaboración de algunos contratos atípicos pueden llegar a contener un nivel de detalle y perfección que no da lugar a ningún tipo de cuestionamiento sobre su validez.

La discusión recae en qué tipo de normas son aplicables cuando se presenta un conflicto derivado del contrato, si los principios generales de las obligaciones y los contratos o la reglamentación que ya está contemplada en los contratos típicos, a través del concepto del “contrato más cercano” (Carrá, 2008), y es basados en esto que aparece el recurso de la tipicidad social en el cual “los contratos atípicos, mientras continúen no siendo típicos en su sentido legal, lo serían bajo una visión más realista o sociológica del derecho. (Carrá, 2008).

Respecto a la tipicidad social del contrato, Alterini (citado por Carrá, 2008) indica que “Los contratos atípicos con tipicidad social, en subsidio de la voluntad de partes, están regidos prevalentemente por los usos y costumbres del lugar de celebración”. Tendiendo esto en cuenta, si el contrato de franquicia goza de tipicidad social entonces “le son aplicables las normas generales de carácter imperativo contenidas en el Código Civil, Código de Comercio y los usos y costumbres comerciales” (Mulett, 2010).

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

Luego de realizar un rastreo sobre la jurisprudencia o los pronunciamientos de los Cortes en Colombia sobre temas relacionados con el contrato de franquicia, las implicaciones de la responsabilidad solidaria o litigios que involucren demandas laborales, resulta sorprendente no encontrar información relacionada con el tema, y pese a lo desconcertante que pueda ser según Herrera & Moreno (2009) dicha ausencia de pronunciamientos es “debido a que usualmente se suscriben cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera”.

Hasta este punto de la investigación, se evidencia por medio del estado del arte que el tema laboral está por fuera de la esfera de la franquicia y el dominio de las temáticas está fincado en la relación franquiciante- franquiciado y la protección del formato de negocio; de manera que se garantice el cumplimiento de todos los requerimientos que el franquiciante haga para que su negocio continúe según sus disposiciones, haciendo que las cláusulas de protección de la propiedad intelectual e industrial llene de hermetismo el modelo de la franquicia en cuanto a las implicaciones laborales y de responsabilidad solidaria que derivan de este tipo de contrato.

2.3.1 Relevancia de la norma técnica NTC5813 del Icontec

Desde el año 2010 la norma técnica NTC5813 del Icontec se estableció como una vía de autorregulación en la que se establecen los requisitos precontractuales, contractuales y postcontractuales de la franquicia en Colombia. Dicha norma técnica también se conoce como la guía de buenas prácticas encaminadas a normalizar la franquicia, y en su elaboración intervinieron franquiciantes reconocidos en el mercado.

Esta norma contiene lineamientos básicos de información sobre el franquiciante y el concepto del negocio, de manera que el po-

sible franquiciado tenga seguridad acerca del contrato que va a celebrar y no sea víctima de estafa o de celebrar un contrato que le representará pérdidas. Es entonces un documento voluntario que establece unos requisitos informativos que el franquiciante debe aportar para darle claridad y seguridad al negocio que se va a franquiciar.

El iter de la NTC5813 contiene inicialmente un glosario de términos en el cual se define la franquicia, know-how, la forma de hacer los pagos, concepto del negocio, marca, signos distintivos, lema comercial, territorio, entre otros. Respecto a este punto ya se mencionó que llama la atención de los investigadores la definición que se hace de franquicia comercial, donde no especifican que las empresas sean independientes y en la definición que hacen sobre territorio en la cual incluyen a la Internet como parte de éste.

Se establecen los requisitos mínimos con los que debe cumplir el franquiciante, como son el modelo de negocio con mínimo 2 años de funcionamiento, el know-how, la titularidad de la propiedad intelectual, patentes, entre otros. Igualmente especificar el tipo de franquicias ya que se acepta la franquicia de prestación de servicios en la cual no hay local, por facultades otorgadas o por territorio concedido.

El franquiciante debe demostrar la viabilidad financiera de la franquicia, la estructura organizacional y la planeación del modelo de expansión de la franquicia en el territorio. Como se identificó en el cuadro comparativo de la franquicia en México y EE.UU, si hay referencia a un grado de control o injerencia del franquiciante hacia el franquiciado, que se manifiesta como la obligación de “dar estricta aplicación al know-how entregado bajo los parámetros establecidos por el fabricante. Como sinónimo de control se usa la asistencia técnica o capacitación, que en realidad es una forma de intrusión ya que contempla “selección del local, adecuación del local, instalación de equi-

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

pos, contratación de personal, entrenamiento de personal, puesta a punto y apertura” (Icontec internacional, 2010).

El grupo de investigación considera que lo anterior constituye una forma de control porque la premisa del franquiciante es que el cliente no sienta diferencia entre un local/servicio u otro, y para esto la asesoría o las recomendaciones al franquiciado respecto a la disposición del negocio o el formato de negocio (modelo package) son formas de disfrazar la imposición de unas condiciones que deben compartir todos los negocios, como son aroma del local, uniformes del personal, horarios, ubicación de implementos, equipos, método de atención, entre otros, ya que replicar al franquiciante es precisamente el espíritu de la franquicia por excelencia según (Coelho, 2006) y el franquiciante busca expandirse sin comprometer capital propio.

El franquiciante debe aportar un plan detallado de entrenamiento, plan de aprovisionamiento donde se identifican los productos y servicios que requiere el franquiciado para operar, proveedores, criterios de compra, obligaciones respecto a la propiedad intelectual, el manual de franquicia que contiene lo referente al manejo de la marca, gestión del talento humano (gestión de personal) y un historial de litigios o procesos judiciales en los que el franquiciante haya estado o se encuentre en curso.

Finalmente, se entregan los elementos mínimos que debe tener un contrato de franquicias con las obligaciones que contrae franquiciante y franquiciado de manera que el negocio opere con transparencia para los clientes.

La norma NTC5813 del Icontec presenta aspectos similares a la Circular de oferta

de franquicia (COF) de México, y la Circular de oferta uniforme de franquicia (UFOC) de EE.UU, en cuanto es un prospecto que busca generar confianza en el inversionista o futuro franquiciado sobre la franquicia en la que va a ingresar. De tal manera que redunde en aumentar la confiabilidad del mercado de franquicias y evita que se presenten estafas y los malos negocios que sucedieron en EE.UU en los años 50 con la fiebre de las franquicias y que dieron origen a la creación de la IFA.

Así mismo, se ocupa de generar lineamientos básicos sobre los requisitos, revelación y divulgación de información que debe aportar el franquiciante al momento de celebrar el contrato de franquicia. No obstante se queda corta respecto a las implicaciones laborales que puedan surgir de las partes, sobre todo cuando hay marcada tendencia a la subordinación del franquiciado por tratarse de un contrato por adhesión.

Estudios como los de (Mulett, 2010) concluyen que es necesario hacer que la guía de las buenas prácticas de la franquicia tengan fuerza de Ley “ofreciendo así la confiabilidad que requiere el franquiciado para obtener una franquicia seria y exitosa”.

Ciertamente, la tendencia en Colombia, México y EE.UU es hacia la regulación de la información que el franquiciante debe divulgar a manera de prospecto para generar confianza, pero en estos dos últimos países se han hecho avances que regulan la relación entre franquiciante y franquiciado, reconociendo las implicaciones laborales que resultan del contrato de franquicia y desvirtuando la independencia que aparentemente imperaba en las partes sobre todo el contrato.

2.4. Cuadro comparativo del marco regulatorio de la franquicia comercial en Colombia, México y Estados Unidos

Tabla 2. Comparación del marco regulatorio de la franquicia en Colombia, México y EE.UU

Características	Colombia	México	EE.UU
Tipo de contrato	Atípico	Típico	Típico, en New York puede ser oral (Mulett, 2010)
Año en que se reguló la figura	En 2010 aparece la norma técnica Icontec NTC5813 que no constituye Ley y se ocupa del formalismo del contrato. No regula la relación entre franquiciante y franquiciado.	Expedida en 1991, con reformas en 2006 a la Ley de fomento a la propiedad industrial.	En 1960 se creó la IFA y en 1979 se reguló la relación entre franquiciante y franquiciado.
Ley que regula la figura	Ninguna directamente. Se rige por la costumbre, la teoría de las obligaciones y “las normas generales de carácter imperativo del Código civil y Código de comercio” (Mulett, Ruth Gonzalez, 2010). Igualmente por las normas que apliquen a temas contractuales como “propiedad industrial, propiedad intelectual, sanidad, competencia, compraventa, sociedades, inversión extranjera” (Quiroga, 2014). Icontec NTC5813 (no es Ley y tiene alcance limitado porque solo se ocupa del contrato. Se impulsa su uso desde Colfranquicias y el Ministerio de comercio).	Ley de fomento a la propiedad industrial. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Código civil federal y local. Ley general de Sociedades mercantiles. Ley federal del trabajo. Ley de Competencia económica y leyes especiales. Circular de oferta de franquicia (COF) similar a la NTC5813 de Colombia	Full Disclosure Rule, primera norma que obliga al franquiciante a difundir un prospecto del negocio antes de celebrar cualquier contrato. UFOC (Circular de oferta uniforme de franquicia) es otro prospecto más estricto para evitar el fraude contra el futuro franquiciado. Petroleum marketing act (Ley del petróleo) busca evitar la terminación arbitraria del contrato de franquicia (Mulett, 2010). En 2015 una decisión del National labour relations board (NLRB) hace que el franquiciante que controla al franquiciado sea responsable por los trabajadores del último.
Injerencia del franquiciante sobre el franquiciado	En Colombia se implementa la franquicia de distribución, producción, servicios y mixta. El modelo “package” puede aplicar en cualquiera (el franquiciante controla todo). En los cuatro hay transferencia de Know-how, y según (Herrera & Moreno, 2009) la auditoría es costumbre mercantil en la franquicia y se permite en Colombia.	Se permite la intervención del franquiciante sobre el franquiciado. Art. 142 Bis 1, Ley de fomento a la propiedad industrial.	Depende de cada Estado. Por ejemplo, en Minnesota el franquiciante controla al franquiciado. La NLRB ha sentado un precedente en un caso contra McDonald’s reconociendo la intervención y el control del franquiciante sobre el franquiciado.
Tendencia de la Ley	Luego de estudiar la norma técnica NTC5813 del Icontec este grupo de investigación considera que es un formalismo similar al COF usado en México o el UFOC de EE.UU como prospecto para darle seguridad al posible inversionista. Además, está eminentemente centrado en la etapa contractual y protege al franquiciante.	Tiende a proteger la propiedad intelectual y los intereses del franquiciante (Mulett, 2010).	Protege al franquiciado (Mulett, 2010), por considerar que corre el riesgo en el negocio y se ocupa de la etapa precontractual.

Tabla 2. Comparación del marco regulatorio de la franquicia en Colombia, México y EE.UU (continuación)

Características	Colombia	México	EE.UU
Reconocimiento de la responsabilidad solidaria del franquiciante con el trabajador del franquiciado	No se encuentra a la fecha ningún tema relacionado en la jurisprudencia de la Corte constitucional, Consejo de Estado, Corte suprema de justicia o en las Leyes. La discusión se centra en que franquiciante y franquiciado realicen un buen negocio, pero no en el trabajador.	Si La Ley federal del trabajo art. 13 y la jurisprudencia de la Corte de justicia de la Nación indican que ante la intermediación se configura una relación laboral, e intermediario y beneficiario son llamados a ser responsables solidariamente por el trabajador.	Si. La NLRB reconoce la figura de la responsabilidad solidaria a través de la doctrina del joint employer (cuando dos negocios comparten el control sobre un trabajador) y las implicaciones de la figura en el status del trabajador.

3. Franquicia comercial y relaciones laborales

3.1 Categorización de la relación existente entre franquiciante y franquiciado en Colombia

Desde el punto de los deberes precontractuales, en el estudio de Herrera & Moreno (2009) se tiene que hay opiniones divididas respecto a la relación que tienen las partes ya que por un lado “los tribunales asimilan al franquiciado a un consumidor y, en consecuencia, éste podía invocar las prerrogativas o derechos propios de un usuario en relación con el contrato de franquicia” debido a que el franquiciado asume el riesgo económico en el contrato y se adhiere a las disposiciones del franquiciante.

El mismo estudio de Herrera & Moreno (2009) agrega que otros tribunales en cambio “consideran que el franquiciado es un profesional a quien atañen sus ganancias y no debe mirarse como una parte débil frente al franquiciador”. Ahora bien desde el punto de vista del Estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011), entre franquiciante y franquiciado no hay una relación de consumo porque según el artículo 5 numeral 3:

Consumidor o usuario es toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

De esta definición se infiere que en Colombia el franquiciado no es un consumidor o usuario del franquiciante, porque el primero depende de todas las condiciones que el segundo impone para que pueda operar y tal relación contractual está ligada intrínsecamente a la actividad económica del franquiciado, por tanto no se configura una relación de consumo. Empero desde el punto de vista laboral, el franquiciado se vuelve patrón de los trabajadores que contrata y por tanto no será tampoco la parte débil.

Sabiendo que la relación entre franquiciante y franquiciado no es una relación de consumo, hasta este punto se acepta desde la formalidad que entre ambos existe una relación eminentemente mercantil, pero al mismo tiempo ambos son recíprocos desde una óptica

laboral por ser empresarios que realizan sus actividades comerciales de manera profesional.

3.1.1 Grado de control de franquiciante a franquiciado

En este punto surge la siguiente pregunta ¿Evitar las responsabilidades fiscales, tributarias, laborales y civiles entre franquiciante y franquiciado es la base fundamental de la franquicia? Aceptar que la figura de la responsabilidad tiene incidencia en el contrato de franquicia y por tanto surgen obligaciones no deseadas en la relación contractual, puede hacer que la franquicia se desfigure e implique una forma de sociedad comercial o cualquier otra cosa que no sea franquicia.

Hay dos premisas fundamentales en el contrato de franquicia, la primera es la referente a que el franquiciante crece sin necesidad de correr el riesgo de invertir su propio capital y la segunda es la independencia entre ambas empresas. Históricamente al puente que establecen ambas empresas para llevar a cabo el negocio se le ha llamado colaboración (en Colombia asesorías, auditoría y soporte), pero en la jurisprudencia mexicana y en Estados Unidos se ha empezado a develar que tal colaboración o auditorías no son más que una forma disfrazada de control de franquiciante a franquiciado, tal como se evidenció con el pronunciamiento de la NLRB en 2015 (Tabla número dos).

Según la Cámara de Comercio de Bogotá, la situación de control de franquiciante a franquiciado es aceptada por la costumbre en Colombia “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciador realice auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado para que éste implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada”. (Cámara de Comercio de Bogotá, 2016)

Según lo anterior surge otro cuestionamiento, si el franquiciante encuentra en una

auditoría sobre el negocio del franquiciado que no se desarrolla adecuadamente la franquicia contratada ¿De qué manera si no a través del constreñimiento podrá corregir la contingencia que encuentre? Claramente el control existe, pero demostrarlo es el reto que tienen los abogados en un litigio.

Se había afirmado que visto desde el Derecho Laboral, franquiciante y franquiciado son recíprocos por ser empresarios que realizan sus actividades comerciales de manera profesional, y de demostrarse el control perderían la independencia. Además se encuentra que (Herrera & Moreno, 2009) respaldan la duda que se planteó al inicio de este punto: “la no comunicación de la responsabilidad entre las partes, es el punto fundamental para el éxito de la figura como instrumento de expansión comercial”.

Si el franquiciado debe dar estricto cumplimiento a todos los parámetros exigidos por el franquiciante (planta de personal, local, proveedores, productos, horarios, capacitación del personal, precios, entre otros) la realidad implica una situación de subordinación por parte del franquiciado, y el cambio del contrato de franquicia por un “contrato comercial de dominación” (Castello & Mariezcurrena, 2006).

La misma visión que se da desde el Derecho Laboral sobre la disimilitud que hay entre franquiciante y franquiciado, es compartida por el Derecho del Consumidor desde el cual han prosperado demandas contra franquiciados, vinculando solidariamente a franquiciantes por la venta de un producto o servicio. Nydia Zingman de Domínguez citada por Herrera & Moreno (2009), aclara que “en el supuesto de los bienes, la responsabilidad del franquiciador (franquiciante para efectos de este artículo) con el consumidor final surgiría del hecho de ser fabricante o distribuidor”.

El argumento principal para vincular al franquiciante en una demanda a través de la figura de la responsabilidad solidaria desde el

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

Derecho del Consumidor reside en el consumidor que “contrata un servicio lo hace por el prestigio de una marca, desconociendo en realidad que este contrato lo realiza con un simple franquiciado y no con la matriz o titular de la marca y del know - how” Herrera & Moreno (2009), llegando a presentarse casos donde se exime al franquiciado y se condena únicamente al franquiciante.

Según la Ley modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (En adelante UNIDROIT), sí existe la figura de control, pero es un “control operativo” que ejerce el franquiciante “este control consiste en la posibilidad de garantizar que el franquiciado se ajusta a la fórmula de la franquicia” debido a que el franquiciante puede exigirle al franquiciado que se conforme como un determinado tipo societario, aunque afirman que “no es un control en términos de participación accionarial” (UNIDROIT, 2007). Si el franquiciante puede exigirle al franquiciado que se conforme en un tipo societario específico, implica que realmente tiene injerencia en la participación accionaria de los socios y en la forma en que estos responden patrimonialmente ante un conflicto.

Dada la flexibilidad del contrato de franquicia, los franquiciantes están implementando cláusulas que permiten repetir contra los futuros franquiciados en caso de ser demandados por malas prácticas llevadas a cabo por estos últimos.

3.2 Derecho laboral en su dimensión individual - colectiva frente a la franquicia comercial

Antes de iniciar este punto, es necesario realizar el siguiente cuestionamiento ¿La franquicia comercial es una forma de externalización de mano de obra y operaciones? A este respecto el estudio de Castello & Mariezcurrena (2006) indica que “el outsourcing, el fran-

chising, la asistencia técnica, la transferencia de tecnología, el suministro de bienes y servicios, la distribución, el almacenaje y logística, el arrendamiento de obra, el transporte, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial (joint venture, consorcios, grupos de interés económico, uniones temporales de empresas)”, son formas claras de descentralizar la operación de una empresa en busca de maximizar sus ingresos y expandirse en el mercado.

Desde el punto de vista individual se considera que la franquicia comercial representa para el trabajador una precarización de sus derechos laborales y prestacionales, porque si bien un grupo podría argumentar que la franquicia es una forma de incentivar el empleo y mejorar el panorama del mercado laboral, también habría que reconocer el desequilibrio generado en la relación cantidad/calidad de empleos, porque “la descentralización va asociada de la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo” (Castello & Mariezcurrena, 2006).

En un escenario donde se sacrifica el salario y las prestaciones de los trabajadores con el fin de tener el máximo ingreso y presencia en el mercado, el franquiciante se beneficia indirectamente de la labor proveniente del trabajador del franquiciado sin tener que remunerarlo o aumentar el recurso humano con el que ya cuenta la empresa matriz. Se crea entonces una situación en la que dos o más empresas se benefician de la labor de un mismo trabajador, sin que le sean reconocidos sus derechos salariales y prestacionales.

A todas luces, lo anterior afecta la estabilidad laboral porque como está planteado el modelo de franquicia, son dos empresas las que se benefician de un mismo trabajador y solo una la que tiene un vínculo laboral directo con éste. Esta precarización de condiciones laborales también se manifiesta en el caso de cese de las actividades de un franquiciado de forma

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

irregular (insolvencia, quiebra) en la cual el trabajador tendría sus derechos prestacionales suspendidos.

Sin embargo, este es el caso que la National labour relations board (NLRB) abordó el 27 de Agosto de 2015 en el caso Case32-RC-109684 en el cual determinaron que en los casos de externalización de mano de obra, se configura una relación laboral indirecta, y por tanto una responsabilidad solidaria frente al trabajador. Además, como se verá más adelante, en Uruguay desde los años 70 se había contemplado la responsabilidad de una empresa matriz con las prestaciones de los trabajadores de otra empresa (jurídicamente independiente pero subordinada en la realidad) declarada insolvente.

Desde lo colectivo, según el informe de Castello & Mariezcurrena “la descentralización productiva también ha sido puesta en práctica como forma de debilitar la organización sindical” (2006), por las razones que se enuncian a continuación:

- “En primer lugar, la organización sindical se ha visto debilitada ante el fraccionamiento de las actividades de la empresa”. El estudio expone que al existir un rompimiento jurídico y laboral con la empresa principal, se hace imposible la asociación sindical, el ejercicio de la huelga y la negociación colectiva (Castello & Mariezcurrena, 2006); es decir, ya no hay una cifra considerable de trabajadores dependientes.
- “El -adelgazamiento- de la empresa principal y la creación en su periferia de múltiples unidades productivas pequeñas y medianas”. Esto hace que los trabajadores no puedan materializar su derecho a constituir un sindicato, sin olvidar que en Colombia existe un número mínimo de 25 para conformarlo. No se desconoce que es posible sindicalizarse desde profesiones, sin embargo como se describe a continuación el sindicalismo es hoy visto desde una óptica errada.

- Se ha reducido considerablemente “el ámbito de sujetos sindicalizables” debido a la inestabilidad laboral, las condiciones laborales precarias, las empresas de trabajo temporal, la rotación de personal y la tercerización. El estudio pone de manifiesto lo siguiente “el trabajador precario parece tener menos interés en participar en actividades sindicales” (Castello & Mariezcurrena, 2006). Hay una realidad que no se puede desconocer, y es que el sindicalismo no es bien visto en Colombia, debido a que culturalmente se ha vinculado a actividades subversivas o con un discurso guerrillero.
- “La descentralización productiva ha impactado negativamente sobre la negociación colectiva” porque históricamente también se ha tenido que la organización sindical se establece para la gran industria (manufactura, bancos, construcción) y no para cualquier tipo de relación laboral o sector económico, con lo cual se evidencia una barrera cultural que por desconocimiento ha menoscabado la actividad colectiva.
- “El fraccionamiento de la actividad productiva en unidades menores traería como consecuencia una disminución de la conflictividad”, debido a que los conflictos en la pequeña y mediana empresa se solucionan mediante presión al trabajador ya sea a través del mobbing o de una precarización de sus condiciones laborales para que desista de cualquier pretensión que conlleve a un mejoramiento de su actividad por ser prescindible. Los trabajadores no cuentan con mecanismos de presión contra el franquiciante o franquiciado.

Si bien hay casos en que una franquicia cuenta con sindicato, como sucede con la cadena McDonald’s en la que los trabajadores de la franquicia se unieron para exigir en la marcha “Fight for \$15” un aumento salarial de

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

USD15/hora en el 2015. No pasa lo mismo con los trabajadores de los franquiciados de McDonald's, que no se ven beneficiados por las políticas laborales que adopta ésta empresa con sus trabajadores directos; a este respecto en el periódico *The Guardian* entrevistó a un trabajador de un franquiciado de McDonald's en Carolina del Norte, el cual afirma:

I felt like it was unfair – I didn't understand why we weren't treated the same (...) At every McDonald's, workers do the same work and wear the same uniform. So I didn't understand why I wasn't getting a raise like everybody else" (*The guardian*, 2015)

Siento que es injusto – No entiendo por qué no nos tratan igual (...) En todos los McDonald's, los trabajadores hacen el mismo trabajo y visten el mismo uniforme. Así que no entiendo la razón por la que no me dan un aumento como a los demás (Brandy Lucas, trabajador de un franquiciado de McDonald's).

3.3 La importancia de las pruebas para demostrar las implicaciones de la responsabilidad solidaria

Sería arbitrario afirmar que en todo contrato de franquicia comercial existe un alto grado de control, ya que hay modelos de franquicias donde no aplica una reproducción exacta de las condiciones y exigencias del franquiciante. Es decir, cada caso particular puede evidenciar o no un grado de control, y por tanto la independencia entre ambas empresas haría que en los casos donde no hay tal injerencia, no se pudiera exigir la responsabilidad solidaria en materia laboral.

Dicho lo anterior no es posible desconocer el axioma "da mihi factum ego tibi jus", porque sin llegar a tener pruebas del alto grado de control al que se está haciendo referencia, esta investigación no llegaría a ser más que un conjunto de observaciones que no son comprobables. Sin embargo, gracias al modelo bá-

sico que ofrece la norma NTC5813 del Icontec y a los precedentes que se han encontrado en México y EE.UU, sí es posible afirmar y verificar que la injerencia existe y se permite en los tres países, solo que a través del uso del lenguaje no se da el calificativo directo, sino que se denomina auditoría o colaboración.

Ya se había realizado el cuestionamiento sobre la situación de los derechos de los trabajadores de un franquiciado cuando éste se declara insolvente, y se había afirmado que prima facie la relación entre franquiciante y franquiciado es eminentemente mercantil, sin embargo en los casos donde existen grandes redes de franquiciados, la jurisprudencia uruguaya en busca de tutelar los derechos de dichos trabajadores ha identificado que se constituye una red de empresas (también llamado grupo económico o conjunto económico), y como lo afirman Castello & Mariezcurrena "desde la perspectiva de los principios de la disciplina, existía un divorcio entre la realidad y las formas, y que la multiplicidad de sujetos de derecho (empresas) unidos por lazos económicos, jurídicos o financieros de control y dirección unitaria, no podían ser tratadas como personas jurídicas independientes y con patrimonio autónomo" (2006).

Según los profesores Américo Plá Rodríguez y Oscar Ermida Uriarte "el grupo de empresas puede definirse como -conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única" citados por (Castello & Mariezcurrena, 2006). Así mismo Ermida Uriarte define al grupo de empresas de la siguiente manera:

El conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están, sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aun cuando los derechos y obligaciones respecto de los terce-

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

ros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente citado por (Castello & Mariezcurrena, 2006).

Finalmente, el estudio concluye que la jurisprudencia de Uruguay ha considerado que la figura de una empresa dominante que coordina a otras sociedades independientes, pero bajo un mismo interés económico, constituye un grupo de empresas (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno sentencia n° 39 de 12 de febrero de 2003) y añade “en Uruguay el grupo de empresas resulta personificado a los efectos laborales, considerándose como sujeto empleador” (Castello & Mariezcurrena, 2006).

Se podría realizar el siguiente ejercicio: desde el punto de vista del abogado litigante que pretende vincular a través de la figura de la responsabilidad solidaria al franquiciante, lo primero que debería establecer es la conexión de las empresas de manera que desvirtuara la independencia que tanto se defiende en el modelo de franquicia; es decir, si se evidencia que el franquiciante exige no solo un modelo operativo o control operativo (horarios, personal, planta, manejo de marca, compra de insumos, entre otros) sino según UNIDROIT (2007), un tipo societario específico al futuro franquiciado, los activos que éste debe tener y los derechos de los accionistas, se evidenciaría claramente un alto grado de injerencia.

El franquiciante puede también exigirle al futuro franquiciado que en los estatutos establezca la imposibilidad de ceder acciones a terceros, con el fin de proteger el contrato y el protocolo de know-how y la información de reserva. También puede llegar a presentarse que el franquiciante le indique al franquiciado que las primeras utilidades sean guardadas como reserva, con lo cual hace que las partes

en el contrato se vean como una sola unidad de negocio.

Con la entrega de manuales de funciones por puestos de trabajo, actividades, perfiles laborales, protocolos de atención al cliente, reglamento interno, planta mínima de base, se establece un grado de instrumentalización, y por tanto hay cabida a responsabilidad laboral.

Otros juristas opinan que el control se justifica y es necesario para proteger la propiedad intelectual del franquiciante, pero de esta protección deriva una implicación de responsabilidad laboral no deseada por parte del franquiciante hacia el trabajador de un franquiciado. No se puede olvidar que la autonomía de la voluntad privada está sujeta o delimitada por las normas de orden público y no puede contravenir los principios constitucionales del trabajo y la dignidad. Resultaría inconstitucional que en aras de defender la propiedad intelectual y los intereses mercantiles, se pondere el derecho del trabajador, dándole mayor peso al aspecto comercial y no al bienestar laboral.

El Derecho es una construcción del lenguaje, y de muchas maneras se utilizan las palabras para disfrazar una figura con otra; es así como se prohibieron las cooperativas como forma de tercerización para contratar con hospitales por exigencia de EStados para firmar el TLC, pero a través del lenguaje la cooperativa cambió por el sindicato, a través del cual se sigue tercerizando de manera infame.

A través del lenguaje a muchos trabajadores bajo la figura del contrato de prestación de servicios no se les exige el cumplimiento de un horario, sino que se coordinan horarios de entrada y salida. En términos generales, el uso de la lengua ha sido benéfico para facilitar muchas formas de explotación, y sin ir más lejos, no se habla de asesinatos de militares, sino de falsos positivos.

Anteriormente se planteó que la auditoría era una forma de control porque las correccio-

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

nes que el franquiciante le hace al franquiciado son a través del constreñimiento, bajo el riesgo de terminar el contrato de franquicia, lo cual implica que el franquiciado estaría en riesgo de perder el negocio y no poder seguir explotando la actividad debido a las cláusulas de no competencia y de protección de la propiedad intelectual. Se tiene así que el franquiciado tiene hacia el franquiciante no solo unas obligaciones económicas y de manejo del formato de negocio, sino un temor reverencial que deriva de la fuerza de las obligaciones.

Los investigadores se hacen la siguiente pregunta ¿Es la tarea de un abogado que elabora un contrato de franquicias, no generar ningún tipo de evidencia que posteriormente se convierta en una ruta a través de la cual pueda aplicarse la responsabilidad solidaria? Atendiendo al deber que tiene cada abogado con sus casos, la respuesta sería afirmativa ya que éste debe velar por la protección de los intereses del franquiciante.

A nivel de la franquicia, la investigación ha logrado identificar que las pruebas que determinan la existencia del control son el punto más débil para vincular solidariamente en una demanda laboral al franquiciante, atendiendo a la afirmación que anteriormente hicieron (Herrera & Moreno, 2009) “debido a que usualmente se suscriben cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera”. Además, no se puede olvidar que en el contrato de franquicia es costumbre dirimir los conflictos en un tribunal de arbitramento, y aunque es información no confidencial según el Reglamento de procedimiento de arbitraje nacional, el laudo se puede consultar bajo unos lineamientos establecidos por el Centro de arbitraje.

También resulta particular que una de las recomendaciones que se hace desde Colfranquicias respecto al tribunal de arbitramento a elegir para dirimir los conflictos sea el tribu-

nal de arbitraje de la asociación Argentina de franchising (Colfranquicias, 2013), aduciendo que el costo en ese tribunal es inferior al de un proceso ordinario judicial. Este grupo de investigación no está de acuerdo con la afirmación anterior, porque los tribunales de arbitramento tienen una alta tasa de efectividad en el tiempo, pero a un alto costo económico.

Se ha vuelto una práctica entre los empleadores incluir una cláusula en el contrato de trabajo en la cual indican que las diferencias que surjan entre patrón y trabajador se dirimirán en un tribunal de arbitramento, lo cual resulta inmoral para aquellos trabajadores que reciben salarios bajos, porque sería imposible para éstos poder costear un tribunal de arbitramento. De esta manera los patronos aseguran que los conflictos laborales no se resuelven y salen victoriosos aprovechando la ignorancia del trabajador que desconoce que ese tipo de cláusulas se entenderán como ineficaces ante la Ley.

Como se mencionó cada caso puntual se debe examinar de forma diferente, ya que no sería lo mismo una franquicia de restaurantes a una franquicia de estaciones de gasolina. Pero si se da una situación en la que todo el suministro de un producto está a cargo del franquiciante, el horario de funcionamiento del local, los uniformes de los trabajadores, el establecimiento de una única línea nacional de quejas y reclamos, la igualdad de precios en todos los franquiciados o el que todos deban acogerse a una promoción de productos específica, son todos indicios de un criterio de uniformidad que busca el franquiciante y que deriva en control o la llamada Administración de hecho.

Dentro de la sección de preguntas frecuentes del sitio web de Colfranquicias, resalta la siguiente pregunta “¿Cuáles son los problemas de ser propietario de una franquicia? A cambio de la seguridad, formación y apoyo de marketing que le ofrece una marca registrada, usted debe ser capaz y estar dispuesto a ceder algo de su independencia... Como propietario de una

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

franquicia, usted debe cumplir con los diversos controles y procedimientos establecidos por el franquiciante” (Colfranquicias, 2013).

La anterior afirmación proveniente de Colfranquicias hace que algunos franquiciantes recurran a la estrategia de ubicar en los locales comerciales de sus franquiciados, stoppers o carteles alusivos a que son totalmente independientes del franquiciante o del tipo “este local funciona de manera independiente” con lo cual tratan de romper con la responsabilidad existente con el franquiciante en el caso de una reclamación de un tercero; es decir, públicamente se divulga la independencia. Pero nuevamente se cuestiona, son independientes aunque operan exacta y estrictamente como el franquiciante lo disponga.

Dentro de la investigación realizada se tiene que muchos juristas en Colombia se sostienen en el argumento de la independencia en todo nivel entre franquiciante y franquiciado; sin embargo, surgen las preguntas: ¿Cómo se puede ser igual e independiente al mismo tiempo? ¿Dos personas jurídicas independientes y al mismo tiempo una misma identidad de marca que debe ser transparente para el cliente? Parecería que en Colombia se desconoce el avance jurisprudencial de Uruguay desde los años 70, en el que como ya se mencionó al principio de este tema, se categorizó la relación existente en el contrato de franquicia como un grupo de empresas (Castello & Mariezcurrena, 2006).

Aunque hay quienes sostienen que la relación del franquiciante y el franquiciado solo la determina la transferencia del know-how, hay otros como en el caso de Jaime Arrubla Paucar que manifiestan que “La función del contrato no se agota con la transferencia de los conocimientos técnicos y de organización o administración comercial, sino que se pretende también que el franquiciado actúe de manera tal que el público consumidor, pareciera que está utilizando un establecimiento de propie-

dad del franquiciante.” citado por (Vergara & otero, 2013)

Otro indicio del control se da cuando es el franquiciante el que concentra todas las hojas de vida de los trabajadores de los franquiciados, tiene una base de datos donde almacena toda la información de currículos como candidatos a ocupar futuros cargos o participa en los procesos disciplinarios llevados contra los trabajadores. Si dentro de la puesta en funcionamiento del local comercial el franquiciante exige un personal mínimo, su perfil y además recomienda su selección de una base de datos predefinida, constituye aún más el grado de control que se ha venido exponiendo.

De la Guía de la buenas prácticas de la franquicia en Colombia (Icontec internacional, 2010) se desprende que todo franquiciante tiene una lista de chequeo de cumplimiento de los objetivos por parte del franquiciado, además es costumbre dentro de las auditorías enviar personal oculto para que realice compras en la red de franquiciados y verificar como fue la atención y la experiencia de comprar en determinado local. Lo que resulta interesante aquí es que el franquiciado está obligado a permitir dicho control por parte del franquiciante bajo el principio de la confianza (Mariscal, 1998) que debe regir el contrato de franquicia.

La firma Giménez & Asociados abogados, hacen la siguiente afirmación “cuando el franquiciante capacita al trabajador para prestar servicios en la franquicia si no se tiene el cuidado legal necesario el franquiciante será solidariamente responsable con el franquiciatario (franquiciado). Por ello aunque el contrato de franquicia establezca que el franquiciatario será el responsable de las cargas sociales de sus trabajadores, imperará lo establecido por la Ley federal del trabajo” y añaden ofreciendo sus servicios como abogados “esta situación se puede neutralizar con una adecuada asistencia legal” (Giménez & Asociados abogados, 2007).

5.4 La responsabilidad solidaria desde la doctrina del “joint-employer” en EE.UU, la “intermediación laboral” en México, el “grupo de empresas” en Uruguay, el “conjunto económico” en la Argentina y la figura del “administrador de hecho” o “shadow director” en Colombia.

Antes de avanzar en el tema, es necesario aclarar que cada caso es diferente y por tanto no en todos surgiría la figura de la responsabilidad solidaria, sin embargo dado que hay precedentes en otros ordenamientos jurídicos donde no solo a nivel de consumidor sino de trabajador se vincula solidariamente al franquiciante, se abre una ruta para poder contemplar las posibilidades que dicha figura ofrece como medio para reconocer los derechos de un trabajador en materia laboral.

Desde el punto de vista de las obligaciones, la responsabilidad solidaria implica que cualquiera responde por el 100% de una obligación y tiene la posibilidad de repetir contra aquel que inicialmente debía pagar o responder. Ahora bien, cuando se habla de la franquicia comercial, necesariamente se hace referencia a una identidad de marca, y se sabe que la marca no es una persona jurídica, por tanto no se podría demandar sino a la sociedad dueña de ésta, sin embargo la unidad de marca es la que habilita al consumidor para vincular bajo la responsabilidad solidaria al franquiciante en un litigio.

También se había indicado que en lo laboral, el temor reverencial del franquiciado al franquiciante es una manifestación del control y de la fuerza que ejerce el franquiciante sobre su red de franquicia, al punto que puede viciar el consentimiento del franquiciado y hacer que se configure todo un sistema de subordinación y control, en el cual el franquiciante se beneficia indirectamente del trabajador del franquiciado a través de una relación laboral “indirecta”, pero sin la carga salarial ni pres-

tacional que le implicaría dicha relación en la realidad.

Hay un indicio que para el grupo de investigación es relevante exponer. Cuando existe una sola línea de atención o un correo electrónico donde se concentran las quejas y reclamos ¿Qué pasaría si un cliente expone una mala práctica por parte de un trabajador perteneciente a un franquiciado? Tal vez, el franquiciante no tome la decisión de despedir directamente al trabajador del franquiciado, pero puede sugerir que se realice el despido, porque debido a la mala gestión se está arriesgando la imagen de la marca y por consiguiente la continuidad del franquiciado en el negocio.

Ahora bien, no se incluyó a Uruguay o Argentina dentro del cuadro comparativo de derecho del punto 4.1.3 porque como se expuso anteriormente, el grupo de investigación consideró que EE.UU y México han desarrollado el concepto de “joint-employer” e intermediación laboral con mayor profundidad, adaptando estos conceptos a la actualidad y aplicándolos directamente en el modelo de franquicia. Además las disposiciones que emanan de estos dos países inciden en el tratamiento que se le da a las franquicias en otros ordenamientos.

Durante el desarrollo de este proyecto de investigación, se ha tratado la figura de la responsabilidad solidaria, pero el grupo de investigación se pregunta: ¿En materia laboral cómo se aborda la figura de la responsabilidad solidaria en los países que han hecho pronunciamientos respecto al tema? Al mismo tiempo que surgen dos cuestionamientos ¿Cómo vincular el Artículo 36 del CST a la franquicia comercial en Colombia? ¿La responsabilidad solidaria a la que se refiere dicho Artículo es lo suficientemente amplia como para equipararla con el significado que se da en otros ordenamientos jurídicos? Para responder estos interrogantes se ha elaborado la siguiente tabla en la que se establece el significado que se le da a esta figura en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia.

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia

EE.UU	México	Uruguay	Argentina	Colombia
<p>La doctrina del “joint-employer” indica que cuando dos empresas independientes (pero que comparten una relación contractual) se ven favorecidas por el trabajo de un mismo empleado. No importa si se demuestra o no control de las dos empresas hacia el trabajador. La sola figura del joint-employer hace que deban responder solidariamente. Esta doctrina no se había extrapolado a la franquicia comercial. Sin embargo, en el año 2015 la NLRB mediante el caso “Case32-RC-109684 BFI NEWBY ISLAND RECYCLERY” la agencia trasladó dicha doctrina al mercado de la tercerización, incluyendo a la franquicia comercial, las agencias de empleo temporal y los contratistas. La figura de la responsabilidad solidaria nace porque existe una relación laboral indirecta, debida a una situación de: “Control directo Control potencial Control indirecto” (National Labor Relations Board, 2015) La decisión de la NLRB considera que cualquiera de las tres situaciones anterior</p>	<p>En México se ha abordado la figura de la responsabilidad solidaria en la franquicia comercial desde la “intermediación laboral” vinculándola con el Artículo 13 de la Ley federal del trabajo, que establece: “No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”. La “intermediación laboral” se configura a partir de la comprobación del beneficio que las empresas obtienen del trabajador, es decir, la figura se relaciona con el “joint-employer” de EE.UU.</p>	<p>Bajo el concepto de grupo de empresas desarrollado en los años 70, establecen las siguientes condiciones: “a) la presencia de una pluralidad de sujetos de derecho; b) la idea de que esos sujetos son solo formalmente autónomos entre sí, ya que existiría una unidad económica subyacente; c) la presencia de dirección unitaria o unificada a la cual quedan sometidas las empresas” (Castello & Mariezcurrena, 2006). En el Derecho laboral uruguayo se crea una ficción, en la cual al grupo de empresas, se le dota de “personería laboral” (Castello & Mariezcurrena, 2006), permitiendo según los autores “superar de modo adecuado la separación estricta de la personalidad jurídica de cada empresa integrante del grupo y la responsabilidad autonomía de cada una de ellas, ajustándola a la realidad que subyace a las mismas”. Lo anterior se vuelve en un factor que abre una ruta a través de la cual se aplica la responsabilidad solidaria en materia laboral, porque el grupo de empresas se ve como un solo patrón.</p>	<p>Desarrollan el concepto de grupo de empresas de Uruguay, pero lo denominan conjunto económico. Se basan en el Artículo 31 de la Ley de contrato de trabajo para decir: “(empresas subordinadas o relacionadas – Solidaridad). Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria”.</p>	<p>Mientras que en Uruguay y Argentina se ha vinculado el modelo de franquicia comercial al concepto de externalización de mano de obra y operaciones (Castello & Mariezcurrena, 2006), haciendo que per se la figura se vincule al grupo de empresas y conjunto económico consecuentemente, y de ahí la responsabilidad solidaria en materia laboral; el grupo de investigación encuentra que en la Ley 222 de 1995 en el Artículo 28 se establece el grupo empresarial cuando se afirma que: “habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas”. El Artículo 36 del CST se refiere a la responsabilidad solidaria</p>

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia (continuación)

EE.UU	México	Uruguay	Argentina	Colombia
res incide sobre los aspectos laborales de los trabajadores				como: “son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y éstos entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”.
Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones
La NLRB (National Labor Relations Board) se fundó en 1935 por Franklin D. Roosevelt. Es una Agencia federal que regula e implementa el National Labor Relations Act. La agencia tiene el poder para defender los derechos laborales, al mismo tiempo que previene y soluciona casos en los que se presentan prácticas laborales fraudulentas. En esta decisión de la NLRB se actualiza la figura del “joint-employer” o co-empleador, porque anteriormente era necesario demostrar probatoriamente un grado de control total (horarios, condiciones de trabajo, operaciones). Pero con la nueva aplicación que se le	La figura de la intermediación laboral, se aplica a la franquicia comercial cuando se identifica que las tareas que desarrollan los trabajadores corresponden a mandatos permanentes que el franquiciante le hace al franquiciado, lo que convertirá al franquiciante en un empleador; el cual es jurídicamente debe responder por las obligaciones que nacen de la relación laboral indirecta que tiene con los trabajadores de sus franquiciados.	Desde el concepto de la “unidad” que plantea la figura del “grupo de empresas”, se tiene que la subordinación (económica, operativa, técnica, jurídica, disciplinaria) que el franquiciado tiene hacia el franquiciante y su posición dominante, se convierte en un factor legitimador de la responsabilidad solidaria. Incluso cuando se hace referencia a la franquicia de distribución, en la que un franquiciante provee un producto a un franquiciado, se identifica el control y la subordinación; porque el franquiciante no se desliga de la destinación que va a tener su producto, si no que verifica	Se considera que logran conectar el concepto de conjunto económico con la externalización de mano de obra y operaciones, la responsabilidad solidaria en materia laboral y el fraude laboral. Aquí, las responsabilidades con los trabajadores provenientes de las obligaciones, están por encima de la independencia jurídica de las empresas. El Artículo 30 de la LCT trata la figura de la responsabilidad solidaria y señala que aparece en los casos de subcontratación y delegación. Según (Witemburg, 2008) para que “nazca la solidaridad es	Se encuentra que los conceptos de grupo empresarial y responsabilidad solidaria, no están conectados con la franquicia en materia laboral. Observa también que el concepto de grupo empresarial es eminentemente mercantil, no hace referencia a la independencia jurídica de las empresas y no se traslada a la esfera laboral, de tal forma que el Artículo 28 de la Ley 222 de 1995 establece que será la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria, la que determina si existe o no un grupo empresarial. Igualmente, se considera que el Artículo 36 del CST se queda corto, porque no permite descubrir el

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia (continuación)

Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones	Observaciones
<p>dio a la figura, no es necesario demostrar el grado de control, ya que dicho control se presume de ciertos modelos como la franquicia, la agencia de empleo temporal y otras relaciones contractuales.</p> <p>Lo que antes era considerado como un “indicio” ahora es una presunción, es decir, el cumplimiento de horarios y turnos, el entrenamiento, los procesos disciplinarios, entre otros, hacen que el contrato de franquicia per se contemple el control y le sea aplicable la doctrina “joint-employer” o co-empleador.</p>		<p>hasta el final la satisfacción del cliente y el posicionamiento de la marca en el mercado.</p> <p>Se identifica que la legislación uruguaya pretende tutelar las garantías del trabajador, reforzando los conceptos de grupo de empresas y la personería jurídica que se le da a dicha figura, de tal manera que nazca la obligación de la responsabilidad solidaria.</p>	<p>necesario que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista”.</p>	<p>alcance de la figura de la responsabilidad solidaria en materia de franquicia comercial, salvo que un juez solicitara a alguna de las entidades referidas en el Art. 28 Ley 222/95 que declare la existencia de un grupo empresarial en un caso laboral en el cual hay que demostrar primero el control, luego la figura del grupo empresarial y aplicar el confuso alcance que el Artículo 36 del CST le da a la responsabilidad solidaria en la franquicia comercial.</p> <p>Tampoco hay forma de identificar que en materia laboral se presente según la jurisprudencia alemana la figura de la “concurrency de culpas” (Herrera & Moreno, 2009) la cual se aplica en la franquicia, porque dos empresas se benefician de un trabajador.</p>

La anterior tabla responde a la pregunta sobre la forma en que se aborda en materia laboral la figura de la responsabilidad solidaria en los países que han hecho pronunciamientos respecto al tema. Sin embargo, evidencia un panorama negativo respecto a los cuestionamientos sobre ¿Cómo vincular el Artículo 36 del CST a la franquicia comercial en Colombia? y ¿La responsabilidad solidaria a la que se refiere el artículo 36 del CST es lo suficiente-

mente amplia como para equipararla con el significado que se da en otros ordenamientos jurídicos?

Ya se identificó que en Colombia existe la figura del grupo de empresas, sin embargo es un concepto eminentemente mercantil y no permite diferenciar si se refiere a empresas jurídica y económicamente independientes, a diferencia de los conceptos de Uruguay y la Argentina. Además el Artículo 28 de la Ley

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

222/95 le da a la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria, la potestad para determinar la existencia de un grupo empresarial; pero estas entidades tienen como prerrogativa buscar la estabilidad del mercado, por tanto una decisión para declarar la existencia de un grupo de empresas estaría permeado por intereses mercantiles y no necesariamente de reivindicación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez que lleve un caso de responsabilidad solidaria de un franquiciante, estaría supeditado al concepto de estas entidades, el cual puede no ser objetivo e ir en detrimento de los derechos del trabajador. Surge al mismo tiempo otro escenario confuso en el cual no queda claro el alcance de la responsabilidad solidaria en materia laboral, puesto que la figura se ha tratado en Colombia desde una óptica de contratistas independientes, cuando ciertamente el franquiciado no es un contratista del franquiciante.

El grupo de investigación encuentra en este punto que no es del todo viable demostrar en Colombia el control del franquiciante a franquiciado a través de la figura del grupo de empresas, porque el concepto difiere al desarrollado en Uruguay y la Argentina, y tampoco encuentran una vinculación clara entre la franquicia comercial y el Artículo 36 del CST que hace referencia a la responsabilidad solidaria, porque el concepto también es diferente frente al adoptado en otros países.

La doctrina del “joint-employer” y la intermediación laboral ya han suscitado suficiente polémica en EE.UU y México y en el caso del primero, ha planteado un cambio en el plano que se desarrollan las relaciones laborales, porque no cuenta todavía ni siquiera con un año de vigencia. No sería errado esperar a que alguna Corte en Colombia que quiera un espacio protagónico en los medios, se extralimite en sus funciones y legisle sobre el tema.

Por tanto, se prosigue la investigación en busca de otras figuras que permitan identifi-

car el control en las relaciones contractuales y es así como aparece el “Administrador de hecho” que se constituye en una figura del Derecho que sí plantea un argumento aplicable en Colombia para vincular solidariamente al franquiciante en asuntos de responsabilidad laboral.

El artículo 24 de la Ley 222 de 1995 modifica el Artículo 200 del Código de comercio, en el cual se trata la responsabilidad de los administradores indica en el primer párrafo: “Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”. Por definición se tiene que el administrador de hecho es aquel que ejerce como administrador de Derecho pero sin serlo; es decir, aquel que gobierna una empresa aunque sea otro el administrador “legal”.

Básicamente, la calidad de administrador según la doctrina francesa “se atribuye a la persona que no estando dotada de un mandato social, se inmiscuye individualmente y con total independencia en la gestión de una sociedad así como con la habitualidad y la regularidad propias de un cargo” (Solano, Osorio, & Garzón, 2010).

A la par del administrador de hecho está el director oculto o shadow director, el cual ejerce control sobre una sociedad sin tener ningún tipo de nombramiento a nivel estatutario; es decir que es totalmente independiente de la sociedad que controla y en ningún momento la sociedad lo presenta como una autoridad. A nivel de responsabilidad, se considera en el Derecho anglosajón que el administrador de hecho responde en la misma proporción y calidad que el administrador de Derecho, mientras que el shadow director o director oculto “responden por las infracciones de los deberes estatutarios” (Solano, Osorio, & Garzón, 2010)

Según el autor Perdices Huetos citado por (Solano, Osorio, & Garzón, 2010) “quien se

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

comporta y actúa como administrador lo puede hacer abiertamente –presentándose como tal o de forma solapada actuando realmente como tal pero sin presentarse como administrador– ... aparece la figura de lo que llamaremos “administrador de hecho notorio”, que actúa como tal en el tráfico sin título válido para ello; en el segundo caso, cuando la persona que administra desea ocultar ese hecho, lo relevante es la seguridad jurídica; y con ello la realidad material –y así aparece–, lo que llamaremos “administrador de hecho oculto”, que domina, determina o suple mediata –desde la sombra– o inmediatamente –desde su condición de simple apoderado– la actuación del administrador (de derecho)”.

En España se ha categorizado la figura del director oculto y el administrador de hecho como: administrador de hecho oculto (director oculto) y administrador de hecho notorio (administrador de hecho). Lo anterior indica que la administración de hecho tiene dos categorías amplias, en una hay un control abierto por parte de una sociedad que ha recibido un reconocimiento por la acción de la fuerza y el temor reverencial y en otra hay un control clandestino, o desde la “sombra” en la cual no hay ningún tipo de reconocimiento formal o control abierto y solapado.

La figura del administrador de hecho o el director oculto, tiene aplicación en el caso de la franquicia comercial, porque los indicios que hasta ahora se han reunido apuntan a un control realizado desde una figura independiente; ya sea desde la clandestinidad o de forma abierta. Ahora bien, no se puede dejar de lado la doctrina del “joint-employer” o co-empleador, en la cual son dos empresas las que se benefician de un trabajador, y por tanto responden solidariamente.

Para sustentar la anterior afirmación se parte de los siguientes indicios:

- Si el franquiciante le recomienda-exige al futuro franquiciado que se constituya en

un tipo societario específico, tal como se vio en el modelo de UNIDROIT, estaría participando en la constitución, gestión y administración del franquiciado.

- Si el franquiciante en busca de proteger el protocolo de know-how, le recomienda-exige al franquiciado la imposibilidad de ceder acciones a terceros a nivel estatutario, estaría dirigiendo la actividad empresarial del franquiciado.
- Si el franquiciante entrega el manual de operaciones y los protocolos necesarios para operar la franquicia, el franquiciado se obliga a cumplirlos, a permitir los controles y auditorías y renunciar a su independencia (tal como se ha manifestado desde Colfranquicias); por tanto el franquiciante tiene la autonomía de decisión y de impartir reglas, límites y lineamientos al franquiciado en todo lo que afecte la imagen de marca, es decir, a nivel laboral, repartición de ganancias, entre otros.
- Si el franquiciante necesita mantener su modelo de negocio y la buena imagen marcaría en el mercado, deberá ejercer un control (asesorías, auditorías) de manera constante al franquiciado, y de llegar a encontrar contingencias en las auditorías le puede exigir al franquiciado que las corrija. El franquiciado debe aceptar las correcciones que se le hagan por el temor al constreñimiento a partir de la terminación del contrato y las cláusulas penales. Lo anterior indica que el control se ejerce de manera constante en el tiempo que dure el contrato y no de manera eventual.
- Si el franquiciante puede sugerirle al franquiciado que realice despidos, que la selección de personal se realice con base en una determinada base de datos, el pago de un tope salarial para no generar malestar entre los trabajadores de otras franquicias, la adopción de un modelo de reglamento de trabajo uniforme, participar en procesos

disciplinarios contra trabajadores o dirigir los aspectos laborales del franquiciado.

La figura de la responsabilidad solidaria nace según (Witemburg, 2008) cuando “una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. Debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista”. Por esta razón, el grupo de investigadores se pregunta: ¿El contrato de franquicia comercial busca que el franquiciado complementa con su actividad el negocio del franquiciante bajo la unidad de marca? En este punto de la investigación la respuesta es afirmativa.

Pese a lo anterior, aparecen dos consideraciones que provienen de la figura del administrador de hecho. Por un lado se considera que no solo habría una incidencia laboral que se desprende de la administración de hecho, sino penal, porque se trata de una figura que defrauda a la Ley de acuerdo al Artículo 250B del Código penal. Por otro lado, se podría llegar a la conclusión desacertada en la cual la figura del administrador de hecho solo tiene aplicación en la SAS, y sería en primera instancia la junta o asamblea la encargada de declarar la existencia de este fenómeno y de no estar de acuerdo se haría a través de un proceso judicial.

3.5 Fraude laboral y tercerización laboral atípica

Según (Witemburg, 2008) el fraude laboral “implica la existencia de un verdadero encubrimiento de una relación de trabajo mediante la asignación de una forma de contratación distinta de las regidas por la Ley de Contrato de Trabajo (locación de obra, locación de servicios, etc.), con el objeto de evitar el régimen diferencial y protectorio por ella establecido”. Aunque la anterior definición hace referencia a la LCT, el fraude laboral se puede entender como un engaño a nivel laboral, en el cual se pretende disfrazar una relación laboral o encubrir una relación laboral; de tal manera que

el patrón se evade de los deberes salariales y prestacionales a que determinado régimen le puede obligar.

El Artículo 198 del CST, contempla el fraude a la Ley y la responsabilidad que tiene el patrón al que se le demuestra que eludió las prestaciones de sus trabajadores, indicando que “el Ministerio de trabajo puede declararla sujeta a las cargas correspondientes a su clasificación real”. El artículo no observa otro tipo de sanción, como la declaración de la nulidad del contrato o una sanción penal para el patrón por estar llevando a cabo una conducta claramente antijurídica.

Por otro lado, la tercerización laboral es un fenómeno en el cual una empresa llamada “empresa principal” delega la ejecución de sus procesos productivos y de mano de obra en una empresa llamada “empresa tercerizadora”, de manera que la empresa tercerizadora realice una actividad con trabajadores propios y subordinados a dicha empresa tercerizadora.

Con anterioridad, se había identificado que en Uruguay se equiparó la externalización de mano de obra y operaciones, con la descentralización y la tercerización que hacen las empresas porque “la descentralización va asociada de la necesidad de obtener el mismo bien o servicio, a menor costo” (Castello & Mariezcurrena, 2006). Así mismo, el informe de estos autores señala que “el outsourcing, el franchising, la asistencia técnica, la transferencia de tecnología, el suministro de bienes y servicios, la distribución, el almacenaje y logística, el arrendamiento de obra, el transporte, así como también de contratos de colaboración o cooperación empresarial (joint venture, consorcios, grupos de interés económico, uniones temporales de empresas)”, son formas claras de descentralizar y tercerizar la operación de una empresa.

Algunos juristas podrían argumentar que la franquicia comercial no aplica como una forma de tercerización laboral, porque la ca-

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

racterística de la tercerización estriba en que la empresa tercerizadora es la que mantiene una relación laboral directa con los trabajadores que contrata, y éstos solo están subordinados a la tercerizadora. Pero no es posible desconocer el principio de la realidad sobre las formas y como se ha demostrado en el desarrollo de este informe de investigación, la realidad implica que sí hay una relación laboral atípica, que bien podría considerarse como una “relación laboral indirecta” (National Labor Relations Board, 2015); la sentencia de la NLRB estipula que sin importar si la figura de autoridad es directa o indirecta, se aplica la doctrina del co-empleador o “joint-employer”.

La decisión de la NLRB, aclara también que la franquicia comercial junto a otros modelos de negocio, constituye una forma de tercerización laboral indirecta; de tal manera que refieren lo siguiente: “the new joint-employer test fundamentally alters the law applicable to user-supplier, lessor-lessee, parent-subsidiary, contractor-subcontractor, franchisor-franchisee, predecessor-successor, creditor-debtor, and contractor-consumer business relationships under the Act” (National Labor Relations Board, 2015). La doctrina se aplicaría también a arrendadores, matrices y filiales, contratistas y subcontratistas, acreedores y deudores, contratista y cliente, y las relaciones que regula el National Labor Relations Act desde 1935.

Desde el punto de vista de la NLRB el contrato de franquicia comercial trae implícitamente el concepto de control y es una forma de tercerización laboral indirecta, de manera que con la nueva jurisprudencia se presume la responsabilidad laboral del franquiciante con los trabajadores de sus franquiciados. Así mismo “la NLRB acusó a McDonald’s de ser un joint employer” (The guardian, 2015), indicando que McDonald’s en su calidad de franquiciante “está en el centro de las relaciones laborales, y las relaciones laborales son conducidas por empleadores, no por espectadores” (Chicago tribune, 2016).

Ciertamente la doctrina del co-empleador/joint employer es catastrófica para la franquicia comercial y podría “socavar más de 60 años de tradición de la franquicia” (Chicago tribune, 2016). Sin embargo, esta doctrina implica un reconocimiento desde el Derecho laboral, en el cual se fortalecen las prerrogativas de los trabajadores pertenecientes al sector franquicia y tercerización.

Ahora bien, ¿la franquicia comercial propicia una forma de relación laboral disfrazada y fraude laboral? La respuesta se construiría en el caso por caso, sin embargo, hasta ahora el modelo de franquicia comercial ha mostrado ser extremadamente flexible en cuanto a las estrategias creativas de contratación, y al mismo tiempo hermético en lo que corresponde a cláusulas penales y de reserva de la propiedad intelectual. Por tal razón y como ya se expuso, existe poca jurisprudencia en muchos ordenamientos, y se continúan precarizando las garantías laborales de los trabajadores.

Uno de los factores que históricamente ha repercutido en los atropellos laborales ha sido -la necesidad-, y es gracias a la necesidad que hoy se reescriben las dimensiones y los alcances de las relaciones laborales, a través de figuras como la contratación por prestación de servicios, las agencias de empleo temporal, el outsourcing o las asociaciones donde el trabajador se considera un socio o un empresario y por tanto no es sujeto de derechos prestacionales. Las relaciones laborales han cambiado drásticamente, de tal manera que hoy podría afirmarse que los trabajadores de grandes fábricas, que contaban con una serie de prerrogativas que redundaban en una alta calidad de vida para ellos y sus familias son historias del pasado.

Hoy las relaciones laborales se dan en torno a un medio inestable y fragmentado, en el cual se es demasiado joven o demasiado viejo para poder trabajar, demasiado capacitado -sobre perfilado para un trabajo- o con un nivel mínimo que no admite ninguna oportunidad

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

laboral. El sector de la tercerización se convierte en la única alternativa para que personas con todo tipo de perfil laboral tengan acceso a emplearse y suplir sus necesidades, pese a la explotación que implica esta figura. Irónicamente hay trabajadores que nunca han conocido otra forma de relación laboral diferente a la tercerización.

Hasta este punto se ha evidenciado que la mayor preocupación respecto al contrato de franquicia comercial es la relación mercantil y no las relaciones laborales, de las cuales la legislación ha estado al margen de los mínimos reconocimientos legalmente establecidos, y se establece una especie de chantaje en el cual las empresas crean empleos con condiciones penosas y los Estados no intervienen para no afectar la propiedad privada y la estabilidad del mercado.

Para responder si la franquicia comercial es una forma de relación laboral disfrazada, es necesario acudir a la definición que hace la OIT sobre relaciones laborales encubiertas: “Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley... La acción de disfrazar un contrato de trabajo con un ropaje que excluye al empleador de sus responsabilidades legales... se entiende que existe una relación de trabajo encubierta, cuando un empleador trata a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica” (OIT, 2009)

La OIT agrega que la relación laboral encubierta “puede servir para ocultar la identidad del empleador, 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 debería asumir ante su personal.” (OIT, 2003)

Llama la atención particularmente la segunda observación que hace la OIT, porque

la relación laboral encubierta guarda similitud con el administrador de hecho, con lo cual se respalda el argumento emitido por este grupo de investigación.

El documental “Las ganancias son el King -Los rudos métodos de la cadena de hamburgueserías-”, evidencia las presiones a las cuales el franquiciante somete al franquiciado para obtener el máximo rendimiento, so pena de cancelar el contrato de franquicia. El documental muestra que el franquiciado busca aliviar la presión a la que es sometido, precarizando las condiciones laborales de sus trabajadores, a través del mobbing y la tercerización. Si la figura de la intermediación laboral y el “joint-employer” se predica de dos empresas que se benefician de un mismo trabajador, qué decir de tres empresas (en el caso de los franquiciados que tercerizan la mano de obra) que se benefician de un mismo trabajador.

Para finalizar, si en sentido estricto el franquiciante busca expandir su negocio sin correr el riesgo de invertir capital y no incurrir en las cargas y obligaciones que derivan de una expansión, de manera que “estos problemas se resolvían con el capital de otro al mismo tiempo que se expandía y valorizaba la marca” (Coelho, 2006); este grupo de investigación concluye que sí se puede comprobar el fraude laboral y relaciones laborales encubiertas en el caso por caso, porque dichas prácticas se presentan cuando el franquiciante busca librarse de los costos y las cargas laborales, de manera que a través de un contrato mercantil con un franquiciado disfraza una relación laboral indirecta, la cual controla constantemente durante la vigencia del contrato.

Conclusiones

El modelo de franquicia comercial se ha sustentado desde hace más de 60 años en la premisa de la independencia jurídica y económica del franquiciante y franquiciado, haciendo desde la formalidad que sea vista como una

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

relación mercantil, en la cual no hay transferencia de responsabilidad. Sin embargo, la realidad ha mostrado que la unidad de dirección y el control que caracteriza a dicho modelo, son indicios que prueban la configuración de una relación laboral atípica o indirecta.

A través del uso del lenguaje, se le ha dado al control la apariencia de la sugerencia, la auditoría o la asesoría; pero esta situación no es nueva y desde los años 70 se desarrolló en Uruguay y posteriormente en la Argentina el concepto del “grupo de empresas y conjunto económico”, en los cuales se identifica la unidad de dirección de empresas jurídicamente independientes, pero responsables solidariamente ante los derechos prestacionales de los trabajadores cuya empresa miembro del grupo se declaraba insolvente.

Así mismo, a la par que se desarrollaron los conceptos de grupo de empresas y conjunto económico, se categorizó la franquicia comercial dentro del grupo de empresas que externalizan su mano de obra y operaciones, con el fin de obtener el máximo beneficio con el menor costo, precarizando así los derechos de los trabajadores. Situación que representa un avance en el reconocimiento de la franquicia comercial como una forma de tercerización.

No obstante el concepto de grupo empresarial sí existe en Colombia, pero la investigación encontró que es un concepto mercantil que no se encuentra ligado al menos prima facie con el Derecho laboral, de tal forma que no es un juez quien declara la existencia del grupo empresarial; sino la Superintendencia de Sociedades, de Valores o Bancaria. Estas instituciones tienen como premisa la estabilidad del mercado y no la defensa de las prerrogativas laborales, por lo que se infiere que serán pocos los reconocimientos que se alcancen desde ésta óptica.

Igualmente la figura de la responsabilidad solidaria en Colombia, tal como aparece en el Artículo 36 del CST no deja claro el alcance

que en materia de franquicia comercial y externalización podría tener. Así las cosas los conceptos de grupo empresarial y responsabilidad solidaria desarrollados en otros países, no tienen el eco suficiente en Colombia para vincular al franquiciante en asuntos laborales donde la responsabilidad solidaria tenga aplicación.

Por otro lado, se evidenció que el protocolo de know-how es uno de los más importantes elementos del contrato de franquicia, y se busca que el franquiciado se someta a su cumplimiento y las demás directrices del franquiciante para que la imagen marcaría siempre se perciba de manera positiva en el mercado. Pese a que algunos juristas niegan la existencia del control, la investigación evidenció que el sometimiento y el control son factores que se reconocen abiertamente desde la Cámara colombiana de franquicias (Colfranquicias) y modelos de contrato de franquicia como el de UNIDROIT (Instituto internacional para la unificación de Derecho privado).

Como ya se indicó en el desarrollo del proyecto de investigación, el franquiciante puede sugerirle-exigirle al franquiciado que se constituya en un tipo societario específico, que contrate a los trabajadores bajo determinado modelo de contrato, perfiles específicos de los trabajadores, determinar un rango de salarios para que no existan conflictos con los trabajadores de otros franquiciados, horarios, turnos, un modelo de reglamento interno de trabajo o políticas de despido; con lo cual asegura que el modelo de negocio operará de forma que la identidad de marca se sólida. Situaciones que constituyen una relación de dominación por parte del franquiciante hacia el franquiciado y sus trabajadores.

Otra situación que pone en evidencia la unidad de dirección y el control, son las auditorías permanentes que el franquiciante realiza, en la cual se presenta el temor reverencial del franquiciado, que debe realizar todos los correctivos (recomendaciones) bajo el riesgo del constreñi-

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

miento, la cancelación unilateral del contrato y la condena al pago de cláusulas penales.

En México y EE.UU, se han realizado pronunciamientos destacables respecto a la responsabilidad solidaria del franquiciante ante los trabajadores del franquiciado. En el primer país la franquicia comercial se encuentra reglamentada y se ha abordado la responsabilidad solidaria desde la figura de la intermediación laboral. Por su parte en EE.UU, la doctrina del co-empleador o joint-employer fue fortalecida y actualizada en Agosto de 2015 para que la franquicia comercial se incluyera como una forma de tercerización en la que por se el control es innegable y el franquiciante tiene un grado de responsabilidad solidaria con los trabajadores de los franquiciados.

Tanto en la intermediación laboral de México como el joint-employer en EE.UU sostienen que cuando dos empresas independientes -pero que comparten una relación contractual- se benefician de un mismo trabajador, son llamadas a responder solidariamente por las obligaciones laborales que surjan.

La doctrina del joint-employer reconoce la existencia de una relación laboral indirecta, y se declara con la comprobación de un control potencial, control indirecto o control directo. En el ordenamiento mexicano y EE.UU se demostró que el control societario, el control disciplinario laboral y el control contable, son vías de asignación de responsabilidad solidaria porque el franquiciante rompe el derecho de gobernabilidad del franquiciado.

Ahora bien, en Colombia hay una figura que tiene aplicación para lograr la vinculación solidaria del franquiciante en asuntos laborales con los trabajadores del franquiciado. El administrador de hecho, el cual ejerce el control y dirección de una sociedad de manera solapada. Cuando el franquiciante exige el cumplimiento de horarios, políticas de precios, promociones, comportamiento de los trabajadores, uso de marca, proveeduría, recomienda despidos,

constituye un indicio de la figura del administrador de hecho, de la cual podría derivar la vinculación solidaria del franquiciante en una demanda laboral.

El grupo de investigación encuentra que pese a la atipicidad del contrato de franquicia comercial, no implica que esté desregulado, sino que tiene mayor nivel de detalle y perfección, de manera que las cláusulas de privacidad y protección de la propiedad intelectual hacen que el contrato esté rodeado por un alto hermetismo que lo mantiene cubierto de dudas y no permite un avance jurisprudencial sobre el tema.

Referencias

Doctrina

Fernández y Acosta, E. O. (2000). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.

Mariscal, S. J. (1998). *Cómo negociar los contratos de franquicia*. Madrid: Arunda.

Jurisprudencia internacional

National Labor Relations Board, Case 32-RC-109684 Bfi Newby Island Recyclery (NLRB August 27, 2015).

Tribunal de justicia europeo. (1986). Sentencia de 28. 1. 1986 — asunto 161/84 Pronuptia de Paris GmbH vs Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. Alemania: publications.europa.eu.

Diccionarios

Coelho, A. M. (2006). *History of world trade since 1450*, McCusker John Ed. Retrieved from Galegroup: <http://goo.gl/hWtFLI>

RAE. (2016, 03 22). *Asociación de academias de la lengua española*. Retrieved from <http://dle.rae.es>

Fuente no oficial

Giménez & Asociados abogados. (2007, Septiembre 17). *Franquicias en México con-*

La franquicia comercial y la figura de la responsabilidad solidaria

sideraciones legales. Retrieved from gaa.com.mx: <http://goo.gl/OLRzjK>

Fuentes oficiales

- Cámara de Comercio de Bogotá. (2016, Abril 4). ccb.org.co. Retrieved from Listado de costumbres mercantiles: <http://goo.gl/Xjn3eo>
- Chicago tribune. (2016, Marzo 10). Why should McDonald's be a joint employer? NLRB starts to provide answers. Retrieved from chicagotribune.com: <http://goo.gl/DCzNpu>
- Código Sustantivo del Trabajo. (2015). Código sustantivo del trabajo. Bogotá: Legis editores s.a.
- Colfranquicias. (2013). Preguntas frecuentes. Retrieved from colfranquicias.com: <http://goo.gl/p6CuKE>
- Icontec internacional. (2010). Norma técnica NTC5813. Bogotá: Instituto colombiano de normas técnicas y certificación.
- La República. (2015, Julio 2). Montar un local de subway, bbc o dogger cuesta entre \$15 millones y \$422 millones. Retrieved from [Diario la república](http://diariolarepublica.com): <http://goo.gl/5qAAcS>
- La República. (2015, Junio 11). La mitad de las franquicias son de marcas nacionales. Retrieved from <http://goo.gl/OWyJ16>
- OIT. (2003). El ámbito de la relación de trabajo. Informe V. Conferencia internacional del trabajo. Ginebra: OIT.
- OIT. (2009). Promoción del trabajo docente en las relaciones de trabajo encubiertas. Turín: Centro internacional de formación de OIT.
- Quiroga, A. F. (2014, Julio 5). Diario la república. Retrieved from [Regulación del contrato de franquicia en Colombia](http://regulaciondelcontrato.com): <http://goo.gl/m7y9wg>
- The guardian. (2015, 4 13). McDonald's franchise workers denied pay raise to

join 200-city protest. Retrieved from theguardian.com: <http://www.theguardian.com/business/2015/apr/13/mcdonalds-franchise-workers-denied-raise-protest>

UNIDROIT. (2007). Ley Modelo UNIDROIT sobre la información - franquicia. Italia: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

Estado del arte

- Carrá, B. L. (2008). Apuntes a la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos. Revista del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja", 113-135.
- Castello, A., & Mariezcurrena, P. (2006). Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva - Informe de Uruguay. Paris: XVIII Congreso mundial de derecho del trabajo y de la seguridad.
- Estepa, R. A. (2010). El contrato de franquicia, su evolución y su injerencia en el desarrollo económico colombiano. Colombia: Corporación Universitaria Republicana.
- Herrera, M. F., & Moreno, A. M. (2009). El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. *Vni-versitas* N° 119, 279-304.
- Juste, V. B., Palacios, L. L., & Redondo, Y. P. (2006). Valoración de los recursos intangibles: un análisis empírico para el sector de la franquicia. *Tribuna de economía*, 177-188.
- Mulett, R. G. (2010). Analisis sobre la necesidad de adoptar una regulacion - Tesis de grado. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.
- Osta, K. M. (2006). Evolución histórica de las franquicias y su impacto en la economía mundial. Venezuela: Universidad de carabobo - Revista ingeniería y sociedad.

David Esteban Bedoya Sánchez, Andrea Monroy, Andrés Palomino Jaramillo

Solano, M. M., Osorio, V. M., & Garzón, C. C. (2010). El administrador de hecho (sas) frente al director oculto. *REVISTA e - Mercatoria*.

Vergara, I. I., & otero, m. V. (2013). La responsabilidad del franquiciante y franquiciado frente al consumidor. Bogotá:

Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 10: 227-250.

Witemburg, A. R. (2008). Responsabilidad solidaria por incumplimientos laborales de terceros Casos en los que la ley prevé su extensión y recaudos a tomar en cuenta. *Petrotecnia*, 54-66.

Índice de tablas

Tabla 1. Costos para implementar una franquicia reconocida en Colombia (fuente Diario la república)

Tabla 2. Comparación del marco regulatorio de la franquicia en Colombia, México y EE.UU

Tabla 3. Acepciones de la responsabilidad solidaria en materia laboral en EE.UU, México, Uruguay, Argentina y Colombia.
