

REFLEXIONES SOBRE LA FRANQUICIA

Fernando Montoya Mateus

INTRODUCCIÓN

EN PRIMER LUGAR es necesario ensayar una definición del término “franquicia” dentro del lenguaje corriente, ateniéndonos al origen histórico de la expresión. En este orden de ideas “franquicia” es una traducción del inglés *franchising*, la cual a su vez viene de un término francés *franchisage* o *franchise* y que originalmente quería decir “estar libre de servidumbres”. Según la Real Academia de la Lengua, el vocablo proviene de *franco* y significa igualmente «libertad y exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de un servicio público».

Como técnica mercantil la franquicia surgió en los Estados Unidos desde antes de la Primera Guerra Mundial, como consecuencia de la legislación anti-trust que produjo como efecto, en razón del desarrollo de la industria automotriz, la prohibición de ventas directas de vehículos de los productores a los consumidores. Entre las dos guerras el recurso a la franquicia se incrementó como una necesidad de determinados comerciantes de hacerle frente a los grupos de sociedades y, después de la Segunda Guerra Mundial, su uso se extendió a los servicios, particularmente en el sector de las comidas rápidas. En la actualidad en los Estados Unidos por la franquicia se efectúan transacciones anuales superiores a 500.000 millones de dólares. Los sectores preferidos por las franquicias americanas son los servicios en una gama muy amplia, el suministro de autopartes, las comidas rápidas, el envase de bebidas no alcohólicas, hasta llegar a actividades tales como el mantenimiento de piscinas y jardines, centros de salud y belleza, etc.

En los Estados Unidos la franquicia ha encontrado terreno fértil, gracias a la importancia que se le da a la instrucción y a la formación de aquéllos que pretenden dedicarse con éxito a una actividad mercantil; aun las actividades más elementales son objeto de investigación profunda y de la elaboración de una metodología de trabajo que busca obtener la mejor calidad del producto o del servicio en el menor plazo, sobre la base del modelo puesto a prueba y experimentado por quien posee los conocimientos. Dichos conocimientos son registrados en videos destinados a la formación del personal de la empresa con miras a uniformar disciplinadamente la rutina del trabajo. Así mismo, el espíritu de iniciativa es un factor importante para el desarrollo de la franquicia, por cuanto la búsqueda del beneficio económico mediante el empleo de la imaginación y el talento es muy bien visto socialmente.

La actualidad del tema, el desarrollo constante de economías de escala, la falta de tipificación legal del contrato en derecho colombiano como en derecho comparado, hacen necesario su análisis tanto desde el punto de vista jurídico (I), entendiendo por tal los caracteres generales de la franquicia, como desde el punto de vista de las normas sobre libre competencia (II). En uno y otro caso es menester ir más

allá de la teoría para hacer algunos comentarios sobre la práctica del fenómeno en aquellos países en donde la franquicia ha tenido un alto grado de desarrollo.

I. LA FRANQUICIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

LA FRANQUICIA DESDE una óptica mercantil se revela como un sistema de mercadeo basado en una colaboración durable entre un comerciante independiente, comúnmente llamado franquiciante, y otro, denominado franquiciado, al cual el primero confiere el derecho de celebrar negocios según una metodología y unas denominaciones por él establecidas.

Desde un punto de vista jurídico la franquicia se define como un método de colaboración entre dos o más empresas comerciales, por el cual el franquiciante propietario de un nombre comercial o de una razón social conocidos, de siglas, símbolos, marcas de productos o de servicios —en general de signos distintivos—, y de un saber-hacer (*know-how*) particular, confiere al franquiciado, a cambio de una remuneración o regalía, el derecho de utilizar de manera exclusiva los productos o los servicios obligatoriamente según las técnicas comerciales experimentadas y constantemente actualizadas por el primero, con el fin de desarrollar la clientela y la actividad comercial ligada a los productos o servicios. En este orden de ideas, por el *contrato de franquicia* una empresa concede a otras empresas independientes, en contrapartida de una remuneración, el derecho de presentarse con la razón social y la marca o la enseña del concedente para vender productos o servicios bajo su dirección y asistencia técnica. Así las cosas, de la definición jurídica de la franquicia, y del contrato de franquicia en particular, es necesario ver en primer término los elementos esenciales del contrato de franquicia y en un segundo término los requisitos que deben reunir los contratantes que hacen parte del circuito.

A. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

LA FRANQUICIA, DESDE el punto de vista del franquiciante, es una etapa más en el desarrollo de la actividad comercial de una empresa que no desea incurrir en inversiones cuantiosas para extender su actividad mediante la creación de sucursales o de sociedades subsidiarias. Sin embargo el éxito comercial del empresario tiende a desbordar la estructura con la que cuenta, máxime si dicho éxito es el resultado de estrategias industriales o comerciales que pueden ser compartidas con otros, los cuales deberán emplearlas de manera idéntica para beneficiarse de dicho éxito. Así, conceder franquicias es permitir a otros empresarios lograr el éxito comercial que se ha conseguido y hacer parte de un circuito de franquicia es reiterar ese éxito.

De este elemental análisis resulta que el franquiciante debe transmitir los elementos que contribuyeron a su éxito industrial o comercial (1) y el franquiciado debe aplicarlos totalmente de conformidad con el modelo elaborado por el franquiciante (2).

1. Los elementos de clientela

Los elementos de clientela que han sido el factor preponderante del éxito del franquiciante son de dos órdenes: la transmisión del *know-how* y los elementos de propiedad industrial del franquiciante que su clientela identifica y reconoce.

a. La transmisión del *know-how*

El *know-how* se define como el conjunto de conocimientos empíricos que no pueden ser presentados con precisión aisladamente, pero que cuando son aplicados de una manera determinada por la experiencia procuran a aquél que los domina la posibilidad de obtener un resultado que sin esos conocimientos no habría podido alcanzar con la exactitud necesaria a la eficiencia comercial¹.

Si el *know-how* es en este orden de ideas un conjunto de conocimientos prácticos, transmisibles, que no son de dominio público, que no están patentados y que confieren a aquél que los emplea con dominio una ventaja competitiva en el mercado, es necesario detenernos con un poco más de detalle en el análisis de estas características.

Si decimos en primer lugar que se trata de un conjunto de conocimientos sobre una área del saber susceptibles de aplicación industrial o comercial, es indispensable precisar que se trata de un elemento inmaterial de contenido intelectual, es decir un bien incorporal, independiente de su soporte material que puede consistir en planos, esquemas, catálogos, videos, manuales, etc.

Dichos conocimientos son antes que todo “prácticos”, es decir que deben tener una utilidad operacional, que pueden ser aplicados en la industria, como lo demuestra la variedad y frecuencia de contratos que implican transferencia de tecnología; así mismo pueden ser aplicados en el comercio, como lo evidencia la creciente creación de empresas de mercadeo (*marketing*). De igual forma el *know-how* no es extraño en el sector financiero, en donde el mercado de productos de dicho sector se caracteriza cada vez más por el empleo de técnicas y de tecnologías altamente desarrolladas.

Los conocimientos deben a su vez ser transmisibles, esto es, no deben estar indisolublemente ligados a quien los aplica, sino que por el contrario deben poder ser objeto de transferencia contractual sin depender del talento particular de quien los ha concebido.

Los conocimientos no deben ser de dominio público, es decir que son una creación del ingenio que se caracteriza por su novedad, lo que los hace eventualmente susceptibles de ser patentados; el secreto es característico de dichos conocimientos, pues si ellos son conocidos por los competidores no se puede hablar con propiedad de *know-how*. Algunos de los conocimientos que conforman el conjunto constitutivo de *know-how* pueden no ser secretos, pero no así la totalidad ni la combinación de los elementos del *know-how*; no obstante lo anterior, la importancia y el valor del *know-how* en la franquicia, los conocimientos deben ser apreciados *in concreto*, es decir, deben ser tenidos en cuenta dentro del contexto de las relaciones contractuales de las partes; la contraprestación del *know-how* encuentra su fundamento en la ignorancia de quien los recibe, el cual no habría podido desarrollar su industria o su comercio sino después de algún tiempo y de costosas inversiones en investigación.

Los conocimientos no deben ser patentados pues, en caso de utilización fraudulenta o no autorizada por parte de terceros, su régimen sería entonces aquél del monopolio de explotación temporal conferido y protegido por el Estado (arts. 236 y 237 C. Penal). No obstante lo anterior, y particularmente en las franquicias indus-

¹ DELEUZE, *Le Contrat de Transfert de Processus Technologique*, Masson, 1976, p. 19.

triales o de producción, puede ocurrir que algunos de los conocimientos técnicos que componen o integran el *know-how* hayan sido patentados, caso en el cual su transmisión implicará una licencia de patente, pero el *know-how* visto en su conjunto no podrá ser objeto de una patente, comoquiera que la concesión de uso o explotación de una patente deberá efectuarse a través de una figura contractual tipificada social y económicamente, diferente de la franquicia como lo es la licencia de patente.

Los anteriores elementos y características del *know-how* en términos generales han sido recogidos por primera vez en los artículos 72 y siguientes de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, más dentro de una perspectiva didáctica, orientadora de la actividad negocial, judicial y administrativa que con la intención de establecer un régimen de protección del *know-how*.

El *know-how* está protegido en primer término por las disposiciones de las partes en el contrato; así mismo está protegido por las normas represivas en el artículo 238 del Código Penal que tipifica el delito de violación de reserva industrial, aplicable sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones; por otra parte, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 75 del Código de Comercio, «los medios o sistemas dirigidos a desorganizar internamente una empresa competidora o a obtener sus secretos» constituyen competencia desleal (hoy artículo 16 de la Ley 256 de enero 15 de 1996 por la cual se dictan normas sobre competencia desleal); de igual forma, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 62 numeral 8 estipula que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono «el que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa».

El titular del *know-how* se reserva así el beneficio de explotarlo directamente o por intermedio de un concesionario.

Los conocimientos que constituyen el *know-how* deben conferir a aquél que los emplea con dominio de una ventaja competitiva en el mercado; dicha ventaja competitiva es precisamente lo que hace que dichos conocimientos, cuando ellos reúnen las anteriores características, puedan ser considerados como un bien mercantil inmaterial, y por lo tanto susceptibles de ser apreciados en dinero. La ventaja competitiva puede consistir en particular, como ya se dijo, en un ahorro de tiempo y de cuantiosas inversiones en investigación tendiente a adquirir los conocimientos y la constantemente actualizada experiencia del titular del *know-how*.

El *know-how* es en este orden de ideas un conjunto de conocimientos originales, los cuales se aprecian, como quedó dicho, *in concreto* en las relaciones del franquiciante y el franquiciado; es igualmente específico, puesto que su aplicación es global y uniforme dentro del circuito de franquicia y se predica respecto de una categoría precisa de productos o servicios. La originalidad y especificidad del *know-how* no se deben entender menoscabadas o disminuidas por el hecho del ingreso de nuevos franquiciados al circuito; al contrario, la presencia de varios franquiciados es sintomática del valor del *know-how* y de la posibilidad de compartir los avances o perfeccionamientos que la explotación en conjunto conlleva; la reiteración del sistema de franquicia es prueba del éxito del franquiciante en el ejercicio de su industria o de su comercio. Con base en lo anterior, por “sistema de franquicia” debe entenderse un conjunto de elementos interdependientes ligados en forma tal que si uno de ellos o alguna de las relaciones que existe entre ellos es modificado, los demás también serán modificados, lo que trae como consecuencia la modificación de todo el conjunto. Todos y cada uno de los elementos del sistema de franquicia contribuyen así a constituir el *know-how*.

Por último, el *know-how* en la franquicia tiene sus raíces en el pasado pero debe proyectarse hacia el futuro; lo primero en razón de que los conocimientos deben estar debidamente experimentados por la aplicación que el franquiciante haya hecho de los mismos, de manera directa o a través de establecimientos piloto y que prueban el éxito comercial del franquiciante. Lo segundo puesto que el franquiciante se compromete por el contrato a mantenerlo constantemente actualizado, lo que implica investigación permanente y un óptimo aprovechamiento de las experiencias de todos los miembros del circuito.

b. Los elementos de propiedad industrial

El segundo factor que configura los elementos de clientela como clave del éxito comercial del franquiciante lo conforman los elementos de propiedad industrial de éste y que igualmente constituyen elemento esencial del contrato de franquicia.

El *good will* que caracteriza a los elementos de propiedad industrial del franquiciante debe beneficiar de la misma manera al o a los franquiciados. En efecto, la titularidad de un nombre comercial o de una razón social, de siglas, símbolos, marcas de productos o de servicios, identifican y distinguen al franquiciante respecto de sus competidores; aquéllos hacen parte del sistema de franquicia y su escogencia y modo de utilización contribuyen a crear la imagen de marca, esencial para un circuito de franquicia.

Los signos distintivos empleados por el franquiciante en la explotación de su industria son derechos subjetivos de carácter patrimonial, susceptibles por lo tanto de ser objeto de múltiples convenciones a título oneroso tales como venta, aporte en sociedad, etc. Se les designa igualmente como derechos de clientela, habida cuenta que su valor patrimonial se mide en función del éxito que se haya conseguido con su explotación, es decir, por la identificación que hace la clientela de ellos y la diferenciación respecto de la competencia. La necesidad de diferenciación conduce al propietario de los elementos de propiedad industrial o a quien los explota a defenderse de cualquier conducta de un tercero que pueda dar como resultado confusión de la clientela. Sin embargo, dentro de los elementos de propiedad industrial que el franquiciante pone a disposición de los franquiciados es importante resaltar la protección ampliada de que beneficia la marca respecto de los demás elementos de propiedad industrial, particularmente del nombre comercial o la razón social, como consecuencia de las disposiciones legales que protegen a una y otro. Ese factor, junto con la importancia comercial y psicológica tradicionalmente atribuida a la marca, determina que éste sea el elemento de propiedad industrial más importante que el franquiciante pone a disposición de los franquiciados.

Así las cosas, desde una óptica estrictamente comercial la marca puede ser apreciada como el potencial de ventas futuras que se encuentra en el subconsciente de muchos individuos –consumidores–. Este factor comercial y la protección jurídica que caracteriza a la marca satisfacen las exigencias de seguridad del franquiciado. La presencia repetida de la marca en el mercado se traduce en familiaridad para el consumidor; si además la percepción que éste tiene de la misma es favorable, la imagen de marca habrá sido construida, es decir ella y el consumidor habrán establecido vínculos de diversa índole. La imagen de marca contribuye a la diferenciación del producto o del servicio vendido con la marca y, junto con los otros elementos de propiedad industrial y de clientela en general, coloca al franquiciado en una posición de ventaja competitiva, cuya importancia se calcula en proporción directa

con la notoriedad de los elementos de propiedad industrial puestos a disposición del franquiciado.

Dos aspectos deben no obstante llamar particularmente nuestra atención respecto de los elementos de propiedad industrial en la franquicia: las garantías de los franquiciados en relación con ellos y la naturaleza jurídica de los derechos del franquiciado sobre los mismos.

Las garantías del franquiciado. El franquiciante se obliga para con el franquiciado a asegurarle el goce tranquilo de los signos distintivos que la clientela identifica. Tres obligaciones deben ser objeto de especial atención en su cumplimiento.

– Garantía de existencia de la marca. La validez de la marca, que a la vida jurídica resulta por el registro de la misma en la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, debe mantenerse durante toda la ejecución del contrato, que, recordemos, es de tracto sucesivo, lo que implica para el franquiciante la obligación de renovar el registro de la marca cuando su período de validez está próximo a expirar. La pérdida para el franquiciante, y por ende para los franquiciados, del derecho sobre la marca se traduciría en ruptura del contrato por culpa del franquiciante, debiendo indemnizar a los franquiciados los perjuicios que resulten para ellos de esa negligencia. Esta situación es sin embargo de muy poca factibilidad dado que la notoriedad de la marca en el uso de la misma como enseña o como nombre comercial por parte de los miembros del circuito de franquicia impide a los terceros apropiársela. No obstante, el riesgo aumenta durante el período en el cual el registro de la marca no ha sido renovado después de su expiración.

– Garantía de evicción. Por virtud de la garantía de evicción, el franquiciante tiene la obligación de proteger a los franquiciados contra toda usurpación por parte de terceros de los signos distintivos que explota el circuito de franquicia. En primer lugar el franquiciante debe hacerse cargo de los intereses del circuito cuando un tercero se dice titular de cualquiera de los signos distintivos. Si un tercero alegara anterioridad sobre el signo distintivo, la notoriedad del mismo se vería gravemente afectada y el contrato mismo de franquicia perdería su fundamento por carecer en esa hipótesis de uno de sus elementos esenciales, debiendo el franquiciante indemnizar a los franquiciados de los perjuicios que resulten.

En segundo lugar, en principio el franquiciante pareciera ser el único que puede intentar las acciones correspondientes por piratería, usurpación o uso ilegal de marca, a menos que el contrato de franquicia conceda esa facultad a los franquiciados y que los jueces encuentren en ellos suficiente legitimación en la causa para asumir la defensa del signo distintivo; es corriente encontrar cláusulas en todos aquellos contratos que impliquen licencia de un signo distintivo, en donde el franquiciado se obliga a señalar al franquiciante cualquier atentado contra la imagen de marca o el signo distintivo en sí, lo que haría suponer que en dichas hipótesis el concedente está especialmente interesado en asumir personalmente la defensa de los derechos ligados al signo distintivo. Sin embargo, pensamos que en razón del perjuicio que padecen los franquiciados por el uso ilegal que terceros efectúen del signo distintivo, y por el hecho de la licencia del mismo que conlleva la franquicia, ello los faculta para intervenir en el proceso a fin de obtener la reparación directa de dichos perjuicios por parte del tercero y, aun, solicitar las medidas cautelares y las conminaciones del caso. Lo anterior parece desprenderse del contenido del artículo 76 del Código de Comercio al legitimar al “perjudicado” para promover un proceso por competencia desleal (los artículos 75, 76 y 77 del Código de Comercio fueron modificados por la Ley 256 de 1996). Así mismo por aplicación de las normas sobre

patentes a las marcas y signos distintivos, por disposición del artículo 597 del Código de Comercio, resulta aplicable el artículo 51 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, según el cual: «El titular de la patente y el beneficiario de una licencia podrán ejercer conjunta o separadamente las acciones legales que sean del caso en la defensa de los derechos que confiere la patente».

Así mismo resulta aplicable la disposición según la cual: «Cuando la demanda la inicia el beneficiario de la licencia deberá notificarse personalmente al titular de la patente» (art. 564 C. de Co.).

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las estipulaciones del contrato de franquicia, por cuanto el franquiciante puede estar interesado en defender directa y exclusivamente cualquier atentado contra el signo distintivo y haber insertado una cláusula con ese propósito.

Si el franquiciante está obligado a asegurarle al franquiciado el goce tranquilo de los elementos de propiedad industrial, debe así mismo abstenerse de atentar personal y directamente contra ese goce de los elementos de propiedad industrial que ha puesto a disposición del segundo.

– Garantía por el hecho personal. Por definición la disposición de los elementos de propiedad industrial en favor del franquiciado tiene por finalidad que éste constituya su propia clientela dentro del territorio que le ha sido asignado; la garantía del hecho personal consiste entonces precisamente en que el franquiciante no debe disputarle al franquiciado esa clientela. Este punto ha suscitado controversia, pues hay quienes afirman que el contrato de franquicia no puede impedirle al franquiciante utilizar personalmente los signos distintivos que le pertenecen². Esta garantía así comprendida se explica y se expresa a través de las cláusulas de exclusividad territorial. En Francia, el Código de Deontología de la Federación Francesa de Franquicia prevé que «el franquiciante debe conducir el desarrollo de su circuito de puntos de venta franquiciados de manera de no atentar contra las oportunidades de cada uno de éstos» (art. 3.1). Lo anterior ha conducido a la Corte de París a enunciar que el uso que el franquiciado hace de los elementos de propiedad industrial que el franquiciante ha puesto a su disposición debe ser hecho «de manera exclusiva»³. La exclusividad territorial que el franquiciante concede al franquiciado sobre los elementos de propiedad industrial es mirada por la mayor parte de la doctrina como una cláusula mayor del contrato, lo que hace de ella un elemento esencial del mismo, al decir del artículo 1501 del Código Civil⁴.

Naturaleza jurídica del goce tranquilo del franquiciado. El problema de calificar la naturaleza jurídica del goce tranquilo de los elementos de propiedad industrial del franquiciado no se analiza respecto del nombre comercial o de la razón social, pues el franquiciado no puede usarlos para individualizar su comercio o la persona jurídica franquiciada; sobre este punto volveremos más adelante. Respecto de los elementos de la utilería y de decoración protegidos por la propiedad literaria o artística o, aun, el régimen de dibujos y modelos, no hay transferencia del derecho incorporal patrimonial sino simplemente una autorización temporal de uso que se traduce en

² TH. BOURGOIGNIE, *Journal des Tribunaux*, Bruselas, enero 12 de 1974.

³ Decisión de abril 20 de 1978 publicada en *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, 1980, N° 5, nota de J. M. Leloup.

⁴ Ver entre otros: ALDO FRIGNANI, "Nuove riflessioni in tema di Franchising", *Giurisprudenza Italiana*, 1980, parte IV. Así mismo J. P. SALLENAVE, "Analyse Marketing des Pratiques Pyramidales", Working Paper de la Faculté d'Administration de l'Université de Sherbrooke, julio de 1975.

la renuncia del franquiciante a incoar las acciones de protección. Situación similar se presenta sobre los lemas comerciales. Aquí opera un usufructo no exclusivo de esos elementos, constituido en favor de cada uno de los franquiciados, es decir que los miembros del circuito –franquiciante y franquiciados– son co-usufructuarios mientras dure el contrato.

El problema de calificación se plantea particularmente en lo que a marcas se refiere, sean éstas nominativas, figurativas o mixtas en circunstancias diferentes según los distintos tipos de franquicia.

En primer lugar, respecto de las franquicias de fabricación o industriales los franquiciados son licenciarios de la marca, es decir, el franquiciante les confiere el derecho a colocar la marca sobre sus propios productos y a usarla comercialmente. La licencia de marca que implica la franquicia industrial se limita en el tiempo a la duración del contrato y en el espacio al territorio reservado al franquiciado. Esta licencia de marca que va implícita en la franquicia está sujeta a las formalidades propias de cualquier licencia de marca, a saber, debe ser registrada en la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115 y siguientes de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena y normas concordantes. Este registro es básico para la defensa por parte del franquiciado de los derechos que confiere la marca contra atentados de terceras personas, en los términos vistos anteriormente.

En las franquicias de distribución el franquiciado tiene por misión revender los productos que el franquiciante le suministre sin poder fabricarlos él mismo. La naturaleza de la operación no hace necesaria la licencia de la marca del franquiciante, sin descartarla; el franquiciado adquiere solamente el derecho de usar a título de enseña la denominación social o la marca, generalmente figurativa del franquiciante, lo que convierte la calificación de la operación en algo más delicado. En efecto, es frecuente que el franquiciante ponga a disposición del franquiciado el soporte material de la enseñanza o, lo que es lo mismo, los planos para que éste la fabrique. Si de la facultad de uso del franquiciado no se deriva ninguna contraprestación directa en favor del franquiciante, estaremos frente a un comodato como contrato accesorio de la franquicia, lo que normalmente es el caso, pues la remuneración del franquiciante resulta del suministro de productos y del *know-how* y no del uso de la enseña; si, por el contrario, el franquiciado debe pagar alguna contraprestación por ese uso, estaremos frente a un contrato de arrendamiento de cosa mueble incorporal. En uno y otro caso las normas pertinentes del Código Civil son plenamente aplicables. Estos contratos, si bien en ese caso son accesorios, no dejan de ser por ese hecho esenciales a la franquicia, sin los cuales no hay contrato o se trata de una convención diferente.

Podría pensarse, interpretando las cláusulas del contrato, que cualquier uso autorizado que un tercero haga de la marca es una licencia; sin embargo recordemos que el franquiciado sólo utiliza el signo distintivo a título de enseña y no de marca; de ninguna manera puede colocarlo sobre productos que él fabrique o que adquiera de un tercero. Ante la ausencia de una definición legal de licencia, y, como quedó visto, la abundante diversidad de convenciones que pueden tener por objeto una marca, es menester circunscribir la licencia de marca a la explotación que de la misma como tal haga el licenciario.

En resumen, tratándose de una franquicia de distribución la disposición del franquiciado de los elementos de propiedad industrial la tiene, técnicamente hablando, a título de comodato o de arrendamiento de bienes muebles incorporales, dis-

posición por la cual recibe el derecho de utilizar a ese título los signos distintivos de propiedad del franquiciante como enseña, pero protegidos por los derechos marcarios de este último. Con base en esto es recomendable que la cláusula que al respecto se conciba señale muy claramente que “el franquiciante concede al franquiciado el derecho de utilizar la marca XXX a título de enseña, garantizándole el goce tranquilo contra cualquier tercero que viniere a perturbarlo”.

Por último en las franquicias de servicios la marca que el franquiciante pone a disposición de los franquiciados, en razón misma del objeto de la franquicia, se asemeja al nombre comercial; generalmente el franquiciante tiene registradas como marca y depositado como nombre comercial el signo distintivo que lo identifica y lo diferencia. Esta característica, a diferencia de la franquicia de distribución, hace posible calificar la operación como una licencia de marca.

2. Aplicación por parte del franquiciado de los elementos de clientela

Puesto que, como quedó dicho, conceder una franquicia es reiterar un éxito comercial, el franquiciado debe repetir, copiar y calcar el modelo concebido por el franquiciante, sin que por ello deje de ser un comerciante independiente. Analicemos más de cerca estas características.

a. Repetición del modelo concebido por el franquiciante

La ejecución de un contrato de franquicia supone la explotación uniforme del *know-how* que el franquiciante transmite al franquiciado bajo la dirección y control del primero.

Explotación uniforme del “know-how”. La uniformidad de explotación del *know-how* es un elemento esencial del contrato de franquicia, sin el cual difícilmente se puede lograr la notoriedad de los elementos de clientela del circuito y, en general, los fines que se persiguen con el contrato; por esta razón es frecuente encontrar en los contratos de franquicia cláusulas en donde se precisa que “el franquiciado, debidamente informado y consciente del modo de explotación y de los derechos de propiedad del franquiciante, se obliga a decorar, equipar y explotar un almacén del mismo género, bajo la enseña X, según las normas y estándares de explotación uniformes establecidos por el franquiciante”.

Se trata entonces de una obligación (de resultado) pero también de un derecho, pues la contraprestación que él paga tiene en parte como fundamento el utilizar todo lo que ha constituido el éxito del franquiciante. En franquicia el franquiciado paga el precio de su imaginación e inspiración a cambio de la seguridad que otorga la uniformidad de explotación. El incumplimiento de esta obligación puede comprometer la responsabilidad del franquiciado, como lo veremos más adelante.

La dirección y control del franquiciante. Ante todo la finalidad de la dirección del franquiciante es la de aplicar y poner en práctica el sistema de franquicia, lo que exige controlar y verificar la fidelidad con que los franquiciados aplican el modelo concebido por él. Esta vigilancia permite establecer un “control de calidad” al interior del circuito, lo que implica un intercambio de información entre franquiciante y franquiciado. Lo anterior no implica que el franquiciado esté bajo la subordinación del franquiciante, lo que conllevaría la recalificación del contrato, como se verá más adelante. La repetición del modelo experimentado por el franquiciante ocurre respecto de empresas independientes.

b. Independencia jurídica del franquiciante y del franquiciado

En la definición misma de franquicia se ha dicho que es un método de colaboración entre dos o más empresas independientes, lo cual permite distinguirla de otras formas de ejercicio del comercio. En virtud de la independencia del franquiciado, él actúa por su cuenta y riesgo y puede por lo tanto dedicarse, con ciertas limitaciones, a otras actividades igualmente comerciales.

Explotación independiente del franquiciado. El franquiciado explota el sistema de franquicia en nombre y por cuenta propios, lo que lo diferencia de todas las formas de mandato; la estrecha colaboración que se establece en la franquicia entre las partes no exonera al franquiciado de la obligación de desarrollar su propia clientela dentro de la porción de mercado que le corresponde y de asumir los riesgos de cualquier empresa comercial, así como no le impide beneficiarse de las ganancias. La separación de patrimonios entre franquiciante y franquiciado debe ser entendida dentro del marco de todos los efectos que tal separación acarrea. Como consecuencia de lo anterior, generalmente el franquiciado se obliga a expresar en su documentación, y algunas veces acompañando la enseña, su calidad de franquiciado. Más adelante trataremos otros aspectos relacionados con la calificación del contrato de franquicia, que contribuyen a reiterar la independencia de las partes en el mismo.

El franquiciado por fuera del circuito de franquicia. La franquicia no debe privar al franquiciado de su libertad de empresa, de la facultad de desarrollar otras actividades de tipo mercantil como comerciante independiente que es. Sin embargo, como consecuencia natural del carácter *intuitus personae* de la franquicia, el franquiciado debe actuar de buena fe no contratando con competidores del franquiciante, lo que implica que no puede explotar directamente o a través de un tercero una actividad que le haga competencia al circuito de franquicia al que pertenece. Así mismo, todos los elementos de clientela que el franquiciante ha puesto a su disposición deben ser aplicados exclusivamente en la ejecución del contrato de franquicia y nada más. Si el franquiciado decidiera emprender paralelamente otra actividad comercial no puede servirse de los elementos de clientela del franquiciante sin faltar a la buena fe, pues éste no recibiría remuneración por ello. La utilización de los elementos de clientela se circunscribe a la franquicia, por lo que el ejercicio de otra actividad comercial por parte del franquiciado exige hacerlo con sus propios medios y conocimientos.

B. LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

RESPECTO DE LAS partes en el contrato de franquicia es menester tener en cuenta fundamentalmente las calidades jurídicas de las mismas y el hecho de que un circuito de franquicia puede estar compuesto por más de dos empresas a fin de establecer el régimen de responsabilidades.

1. Calificación jurídica de las partes

La calificación jurídica de las partes debe hacerse desde dos puntos de vista: las características generales de las partes y las características particulares según el tipo de franquicia del que se trate. Por lo demás, la unidad del circuito de franquicia no significa necesariamente uniformidad.

a. Características generales de las partes

Tanto franquiciante como franquiciado pueden ser personas naturales o jurídicas; generalmente es el peso financiero requerido en un momento dado para ser parte en el contrato el que determinará la estructura de uno y otro. El riesgo de evitar que la franquicia sea en un momento dado recalificada como contrato de trabajo, como se verá, sugiere que algunos franquiciantes sólo escojan como franquiciados a personas jurídicas.

La nacionalidad de las partes en el contrato es irrelevante en la medida en que se ajusten a las normas sobre el ejercicio del comercio en Colombia y, llegado el caso, cumplan con los requisitos de fondo y de forma en materia de inversión extranjera y cambiaría.

El ser parte en un contrato de franquicia no confiere *per se* la calidad de comerciante; sin embargo, respecto del franquiciado, cualquiera que sea el tipo de franquicia, la ejecución del contrato le dará por lo general la calidad de comerciante. El asunto es más delicado tratándose del franquiciante pues el solo hecho de transmitir un *know-how* y de ser titular de una marca u otros signos distintivos no le da necesariamente la calidad de comerciante. Por otro lado, tanto en Estados Unidos como en Europa, muchas actividades que son consideradas el ejercicio de una profesión liberal han sido objeto de un contrato de franquicia, como consecuencia de la conciencia sobre la necesidad de desarrollo de la clientela; tal es el caso de agencias para ayuda y consejo matrimonial, entre otras.

b. Características de las partes según el tipo de franquicia

En las franquicias de producción o industriales. Aquí el objeto del contrato es la fabricación y la venta de un producto. El franquiciado debe adquirir y dominar el saber-hacer de fabricación y eventualmente de venta del producto concernido; dentro de esta categoría cabrían las franquicias artesanales y agrícolas. En este género tenemos ejemplos de franquicias internacionales como Yoplait y Chambourcy en la producción láctea y Coca-Cola y Pepsi-Cola para las bebidas gaseosas. Sin embargo su uso no está aún muy extendido en razón de la dificultad que todavía existe en concebir y dominar coherentemente un sistema tan importante como el llamado a establecer una unidad idéntica de producción industrial. Por esta razón, las franquicias industriales son sólo utilizadas en sectores donde los gastos e inconvenientes cambiarios hacen poco competitivo el transporte de productos que, debiendo consumirse en una región determinada, son fabricados en otra distante. Por lo demás este tipo de franquicias puede estar acompañado de la comercialización del producto concernido, lo que implica una asistencia técnica suplementaria. Franquiciante y franquiciado requerirán una comunicación constante y, particularmente el primero, dominio total de los procedimientos de fabricación; el segundo está sujeto a las reglas que establecen las responsabilidades de todo fabricante y su aptitud especial consiste en ser susceptible, potencialmente por lo menos, de mejorar los procedimientos técnicos de fabricación.

En las franquicias de distribución. En este caso el sistema de franquicia tiene por objeto y está diseñado para la distribución de un bien o de un conjunto de ellos; estas franquicias son las más comunes y están insertas en el circuito de circulación de la riqueza que lleva los bienes desde el productor hasta el consumidor final. Aquí el franquiciado aprende las técnicas de comercialización y de distribución propias del

producto en cuestión, no a producirlo. El franquiciante puede ser un productor o un mayorista; en el primer caso son utilizadas cuando el franquiciante no está interesado, por razones de tipo comercial o financiero, en crear una sucursal que distribuya su producción, pero es consciente que el simplemente vender sus productos a un distribuidor o mayorista le haría perder una parte importante de beneficios que serían entonces para este último. En el segundo caso el franquiciante necesariamente debe gozar de una exclusividad absoluta concedida por el productor, dentro de un territorio determinado, y no es un simple mayorista puesto que paralelamente a su circuito de franquicia él da instrucciones al productor del bien concernido sobre sus necesidades y las de su sistema de franquicia. En uno y otro caso, el franquiciado debe tener una actitud de adaptación permanente a los métodos de distribución concebidos y constantemente puestos al día por el franquiciante.

En las franquicias de servicios. Aquí el sistema de franquicia está basado en la prestación de servicios, en todas sus gamas, desde el servicio de vigilancia hasta el *leasing* o arriendo de maquinaria de construcción. La práctica de constituir circuitos de franquicia de servicios, tan variados como las actividades de servicios mismas, ha tenido en los últimos años un desarrollo muy importante en Europa y Estados Unidos. En estas franquicias se destaca con más nitidez la importancia de la conceptualización del saber-hacer, puesto que las obligaciones del franquiciante son exclusivamente o ante todo de hacer y deben traducirse en unas condiciones óptimas de la prestación del servicio por el franquiciado. De esta forma es indispensable que los comportamientos oportunos del franquiciado estén perfectamente definidos en los soportes de transmisión del saber-hacer o *know-how*. Esto a su vez implica una asistencia técnica constante en la medida en que al cabo de un tiempo de ejecución del contrato el franquiciado posiblemente experimente el sentimiento de conocer el oficio y poder prescindir del franquiciante, lo que rompería la uniformidad del circuito. Desde el punto de vista de este último es entonces de capital importancia la escogencia de los franquiciados. Dada la variedad de servicios susceptibles de franquicia, es condición esencial que respecto de aquellas actividades reglamentadas el franquiciado esté legalmente habilitado para su ejercicio, verbigracia, por la obtención del título de idoneidad profesional correspondiente.

c. Contrato bilateral o multilateral

La franquicia como contrato bilateral o franquicia bipolar implica la presencia de un franquiciante y un franquiciado; ella marca el comienzo de constitución de un circuito de franquicia y a ese primer franquiciado se le denomina "piloto", como pionero del circuito; este tipo de franquicia puede ser permanente en las franquicias de producción.

La franquicia como contrato "multilateral" (no en el sentido plurilateral o asociativo de los artículos 865 y 903 del C. de Co.), conformado por un franquiciante y varios franquiciados, es la más conocida y se le conoce como franquicia multipolar. El carácter multilateral no implica que entre los distintos franquiciados se establezcan vínculos jurídicos de naturaleza contractual; de hecho la autonomía del franquiciado es aún mayor respecto de los otros franquiciados. En otros términos un circuito de franquicia constituye un conjunto contractual formado por el grupo de contratos celebrados entre cada uno de los franquiciados con el franquiciante.

Por último existe la franquicia a doble nivel, la cual puede ser de dos clases: en la primera el franquiciante realiza una distribución de funciones estableciéndose ciertas categorías de franquiciados; algunos de ellos recibirán por ejemplo un *know-how* determinado para la realización de las funciones más delicadas dentro de una zona geográfica importante en extensión; otros, por el contrario, recibirán un *know-how* limitado a las necesidades de realización de ciertas tareas consideradas más simples. La segunda, denominada *master franquicia*, consiste en la escogencia por el franquiciante de un franquiciado principal al que concede una exclusividad sobre un territorio determinado, que generalmente consiste en un país o una región extensa, el cual organiza el circuito de franquiciados al interior de ese territorio, beneficiando todos del mismo *know-how*. Aquí el franquiciado principal, sin perder su calidad, desempeña por delegación algunas de las funciones del franquiciante respecto de los otros franquiciados. Este tipo de sistema es utilizado en las franquicias que se constituyen para operaciones comerciales internacionales.

2. Responsabilidad civil de las partes

Múltiples circunstancias en la ejecución del contrato de franquicia pueden dar lugar a la responsabilidad civil del franquiciante y del franquiciado, tanto del uno frente al otro como de éstos frente a terceros; analizaremos sucesivamente en forma breve estos dos tipos de circunstancias.

a. Responsabilidad de las partes entre sí

La ejecución defectuosa del contrato de franquicia imputable a una de las partes comprometerá su responsabilidad frente a la otra; el régimen aplicable se determinará en función de la obligación defectuosamente cumplida y en general las consecuencias del incumplimiento se deben precisar en cada caso concreto. En este orden de ideas es menester ver en un primer tiempo la responsabilidad del franquiciante y en un segundo tiempo la responsabilidad civil del franquiciado.

Responsabilidad del franquiciante. Si bien el franquiciado es un satélite del franquiciante en el desarrollo de la actividad objeto del contrato, no es por ese hecho su vasallo; los excesos susceptibles de ser cometidos por el franquiciante pueden consistir en abuso del ejercicio de su facultad de dirección y de control sobre la actividad del franquiciado, de una parte; o pueden presentarse cuando el primero tiene una participación tal en el capital social de la empresa del franquiciado que puede convertirse igualmente en una reducción importante de la iniciativa de este último.

En el primer caso por regla general el franquiciado ejecuta actos de comercio en forma habitual dentro del marco de su profesión sin perjuicio de las limitaciones propias que impone la disciplina de un circuito de franquicia explicadas anteriormente; sin embargo, el franquiciado conserva su autonomía en la medida en que no se encuentra en una verdadera situación de subordinación, criterio básico de la existencia de un contrato de trabajo. No obstante, la frontera entre la relativa autonomía del franquiciado y el vínculo de subordinación propio del contrato de trabajo no es tan nítida; la solución deberá predicarse dentro de cada caso en particular, evitando confundir la simple dependencia económica inherente a una relación de integración dentro de un circuito de distribución con la verdadera subordinación que por definición se opone a cualquier iniciativa y/o autonomía de una empresa independiente.

En la segunda situación es necesario tener en cuenta que la participación del franquiciante en el capital social del franquiciado revela su voluntad de participar más estrechamente en la actividad de este último, proporcionándole una ayuda financiera interesante. Sin embargo, la introducción de la *affectio societatis* dentro de las relaciones de franquiciante y franquiciado acarrea las consecuencias que le son propias. Esta participación del franquiciante puede manifestarse, entre otras, por la suscripción pura y simple de una parte del capital, lo que le permite tomar parte en las decisiones sociales de la sociedad franquiciada, pudiendo incluso afectar la actividad de ésta exclusivamente a la ejecución del contrato de franquicia. De la misma manera pueden franquiciante y franquiciados constituir una sociedad independiente, encargada de adquirir o construir los locales necesarios al funcionamiento del circuito y posteriormente alquilarlos a los franquiciados. Los abusos que en uno y otro caso se cometan serán resueltos con base en las normas sobre sociedades establecidas en el Código de Comercio.

Si el exceso de control puede comprometer la responsabilidad del franquiciante, la insuficiencia del mismo puede ser reveladora de una incapacidad para mantener la necesaria disciplina del circuito, lo cual a su vez comprometerá su responsabilidad civil frente a los franquiciados que han cumplido cabalmente sus obligaciones. El punto medio es pues, como en muchas otras circunstancias, la actitud más recomendable.

La responsabilidad del franquiciante frente al franquiciado puede surgir igualmente cuando por causa del primero el contrato no reúne las condiciones de formación establecidas en el artículo 1502 del Código Civil. Si en las anteriores condiciones el contrato debe ser declarado nulo, el franquiciante deberá restituir al franquiciado la suma que éste le haya pagado como precio inicial de entrada en el circuito y, llegado el caso, retomar lo que en razón del contrato le haya entregado, todo junto con la indemnización de perjuicios correspondiente, la cual consistirá, en la mayoría de los casos, básicamente en el reembolso de las inversiones que el franquiciado haya debido efectuar.

En términos generales, cuando el franquiciante no ejecuta correctamente sus obligaciones contractuales el franquiciado dispone de dos medios de defensa, independientemente de la indemnización de perjuicios a que haya lugar; el primero, la resolución del contrato, opera cuando, verbigracia, el franquiciante no respeta la exclusividad concedida por el contrato, no efectúa los suministros pactados o no presta los servicios prometidos. En este caso el juez sopesará la gravedad de los hechos imputados al franquiciante, previa la resolución del contrato; puesto que la resolución tiene por finalidad colocar nuevamente a las partes en el estado en que se encontraban previamente a la celebración del contrato, el franquiciante reembolsará lo percibido sin contraprestación y retomará lo que haya entregado si esto es aún posible. Por eso debe hablarse más propiamente de resiliación del contrato. El segundo medio de defensa del franquiciado es la *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de contrato no cumplido, la cual le permite suspender la ejecución de sus obligaciones hasta tanto el franquiciante no haga lo propio; frecuentemente la excepción de contrato no cumplido es la etapa previa a la resiliación del contrato.

Otras dos circunstancias son susceptibles de comprometer la responsabilidad contractual del franquiciante, constitutivas de lo que se conoce en doctrina como abuso de posición contractual; la primera es la inclusión de cláusulas abusivas o leoninas, en razón de que la mayor parte del tiempo el contrato de franquicia es un contrato de adhesión. Ellas pueden consistir, por ejemplo, en aceptar suministros o comprometerse a un nivel de ventas exagerado habida cuenta de las condiciones del

mercado; así mismo el contrato puede incluir motivos injustificados de ruptura del mismo o una cláusula demasiado estricta de no competencia al finalizar el contrato, conocida más exactamente como cláusula de no restablecimiento.

En segundo lugar, la ruptura abusiva del contrato de franquicia puede comprometer la responsabilidad del franquiciante, sin perjuicio de las sanciones propias por violación a las normas sobre libre competencia, que serán analizadas más adelante. En efecto, tratándose de un contrato a término definido, el franquiciante, como todo concedente, no puede darlo unilateralmente por terminado salvo culpa grave del franquiciado, o aquella que se haya lícitamente pactado. Los contratos de franquicia generalmente detallan los motivos que constituyen justas causas para que el franquiciante lo dé por terminado o una cláusula en virtud de la cual "cualquier falta de ejecución por parte del franquiciado a alguna de sus obligaciones podrá acarrear la ruptura por el franquiciante con la correspondiente indemnización de perjuicios". Si el contrato de franquicia fue pactado a término indefinido cada parte tiene la posibilidad de darlo por terminado en cualquier tiempo respetando lo que para el efecto hayan previsto las partes en el contrato; a este respecto pueden ser vistas particularmente como abusivas las rupturas que no respetan un preaviso suficiente, u ocurridas de manera intempestiva sin motivo aparente y sin tener en cuenta el perjuicio que puede resultar para el franquiciado. La no reconducción del contrato llegado a término también puede resultar abusiva, a pesar de que en principio cada parte es libre de renovarlo o no, dada la fuerte integración económica de las partes que se produce en un contrato de franquicia. Sin embargo, frente al derecho civil la no reconducción de un contrato llegado a término es un derecho de las partes, que por razón del derecho de la libre competencia puede ser reveladora de un abuso de posición dominante, como se verá.

Responsabilidad del franquiciado. A este respecto es menester remitirse a las normas del derecho civil, en la medida en que el franquiciado está obligado frente al franquiciante por obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

La obligación de dar del franquiciado consiste en pagar una suma de dinero; las modalidades de esta obligación son muy diversas, pudiendo consistir en el pago de un derecho de entrada, el cual puede o no estar acompañado del pago de una suma anual fija o calculada sobre la base de la cifra neta de negocios efectuada por el franquiciado, en su establecimiento de comercio afectado a la franquicia o por razón de ésta. La obligación de pagar una suma de dinero a cargo del franquiciado, sin perjuicio de la diversidad de modalidades que admiten las disposiciones contractuales, está sometida a las reglas del Código Civil, artículos 1565 y siguientes, 1617, 1626 y siguientes y del Código de Comercio, artículos 873 y siguientes.

El franquiciado está así mismo obligado por obligaciones de hacer, particularmente en lo relativo al *know-how*; su obligación principal a este respecto consiste en aplicar el conjunto de conocimientos técnicos suministrados por el franquiciante y que, como quedó señalado, son, junto con los elementos de propiedad industrial, el objeto esencial del contrato. Así mismo, en lo que concierne estos últimos el franquiciado debe utilizar la enseña, la marca, el nombre comercial y los demás signos distintivos, según el tipo de franquicia de que se trate y de acuerdo con las disposiciones del contrato. En resumen, el franquiciado debe utilizar y aplicar los elementos de clientela puestos a su disposición por el franquiciante dentro de los límites establecidos en el acuerdo contractual.

Por lo general el contenido y los alcances de las obligaciones de hacer a cargo del franquiciado están perfectamente definidos, estableciéndose aun el régimen de

responsabilidad en caso de incumplimiento, el cual normalmente acarreará la terminación del contrato. Sin embargo estas obligaciones de hacer no escapan a las reglas que respecto de ellas establece el artículo 1610 del Código Civil y demás normas concordantes, particularmente las que resultan de las características del contrato, es decir, por tratarse de un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, de tracto sucesivo y concluido *intuitus personae*, entre otras.

Así mismo el franquiciado tiene a su cargo la ejecución de diversas obligaciones de no hacer cuya validez, límites y alcances serán precisados más adelante. Básicamente las obligaciones de no hacer a cargo del franquiciado son:

– Una obligación de no competencia consistente en no celebrar contratos de ninguna naturaleza con un competidor del franquiciante, la cual se traduce en no aceptar suministros de un competidor del franquiciante con ocasión del contrato de franquicia, en no celebrar otras franquicias dentro de la misma actividad económica, así como cualquier otro contrato que viniera a competir con el circuito de franquicia. De igual forma, al finalizar el contrato el franquiciado se obliga a no ejercer una actividad económica competidora con la del circuito de franquicia durante un tiempo determinado y a cesar la utilización de los signos distintivos del franquiciante, así como su *know-how*; esta cláusula se conoce como cláusula de no restablecimiento y tiene por finalidad la preservación de la clientela del circuito de franquicia.

– Una modalidad de obligación de exclusividad territorial en favor del franquiciante, en virtud de la cual el franquiciado se compromete a no vender, ni hacer publicidad, ni en ninguna forma desbordar la zona que le es atribuida en el contrato, ni transferir a otros puntos de venta distintos, productos suministrados por el franquiciante; esta cláusula tiene por efecto proteger a los demás franquiciados de las “importaciones paralelas”, asegurándoles el respeto de la exclusividad que el franquiciante les ha concedido.

– Por último el franquiciado está obligado a no divulgar el *know-how* que el franquiciante ha puesto a su disposición y del cual es titular este último; esta obligación debe ser mirada con especial atención habida cuenta del significado que tiene este elemento del contrato como pieza maestra del éxito del franquiciante y por ende del circuito de franquicia. El incumplimiento de esta especial obligación es y debe ser sancionado con rigor por el derecho de la responsabilidad civil, la competencia desleal (art. 16 Ley 256 de 1996) y aun por el derecho represivo; a este respecto es menester recordar que nuestro ordenamiento penal prevé como delito la violación de reserva industrial en el artículo 238 del Código Penal.

Labor delicada que tendrán que desempeñar los jueces es la de determinar el régimen de responsabilidad civil aplicable en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones surgidas del contrato de franquicia, tanto a cargo del franquiciante como del franquiciado en sus relaciones recíprocas. Precisemos sin embargo que las obligaciones del franquiciante son por regla general de “resultado” en la medida en que él no sólo está obligado a poner todos los medios a su alcance para transmitir el *know-how* y poner a disposición del franquiciado los elementos de propiedad industrial, sino que efectivamente tiene que cumplir con esta obligación, la cual a su vez le impone la de prestar la asistencia técnica requerida para el logro de los fines propios del contrato. No obstante lo anterior, la suma de esas obligaciones de resultado no se traduce en una obligación del mismo tipo en cuanto al éxito comercial del franquiciado. En efecto, el franquiciante no puede garantizar el éxito comercial del franquiciado a pesar del suyo propio; las obligaciones del franquiciante, que

individualmente consideradas son de “resultado” son a su vez un “medio” encaminado a lograr el éxito comercial del franquiciado.

Las obligaciones del franquiciado son susceptibles de ser calificadas más fácilmente; la obligación de pagar una suma de dinero, siguiendo los lineamientos generales de este tipo de obligaciones, es de resultado por tratarse de un género. El deudor de cosa de género y más precisamente el deudor de suma de dinero no puede liberarse sino pagando lo que debe más los intereses por la mora. En cuanto a sus obligaciones de hacer, dada la naturaleza de las mismas, generalmente serán de resultado, de tal suerte que el incumplimiento sólo podrá liberar de responsabilidad al franquiciado probando causa extraña. Existe sin embargo una amplia gama de obligaciones de hacer que pueden obligar al franquiciado por ejemplo a realizar una determinada cifra mínima anual de negocios que, de admitirse su validez por no ser leonina, debe ser considerada como de medio, es decir que por ella el franquiciado se obliga a desplegar sus mejores esfuerzos a fin de realizar la cifra mínima de negocios estipulada. Las obligaciones de no hacer a cargo del franquiciado, siguiendo la regla general de las obligaciones de este tipo, son de resultado, pues no se espera de él, a este respecto, que despliegue sus mejores esfuerzos sino que efectivamente no haga competencia, no divulgue el *know-how* o no venda ni haga publicidad por fuera del territorio asignado.

Por lo demás, será menester, frente a cualquier controversia indemnizatoria de las partes, que el juez analice previamente la obligación concreta incumplida y la califique como de medio o de resultado y así determinar la carga probatoria de las partes y el régimen de responsabilidad aplicable.

b. Responsabilidad de las partes frente a terceros

A través del contrato de franquicia se opera una fuerte integración entre las empresas del franquiciante y los franquiciados, hasta el punto que, sin perjuicio de la real independencia jurídica que los caracteriza, como quedó visto, desde el exterior del circuito de franquicia éste puede ser percibido por los terceros profanos como establecimientos o sucursales de una misma empresa. Esta circunstancia no está libre de consecuencias sobre el plano jurídico, particularmente en cuanto a la responsabilidad que pueda surgir como resultado de la actividad de uno de los miembros del circuito.

La responsabilidad del franquiciado frente a terceros se regirá por las reglas propias de los contratos que celebre, verbigracia, de suministro cuando la franquicia lo autoriza, de compraventa o de prestación de servicios con los clientes de los productos o servicios objeto de la franquicia. En este orden de ideas la responsabilidad del franquiciado frente a terceros con los que celebre contratos no tiene rasgos distintos de los que surgen respecto de cada contrato que celebre; inversamente la responsabilidad del franquiciante frente a terceros con ocasión o por razón de la franquicia debe ser analizada con más atención. En efecto, los distintos terceros que contratan con el franquiciado, tales como clientes, proveedores, acreedores, etc., podrían pensar que pueden solicitarle directamente al franquiciante, líder del circuito, la reparación de un perjuicio sufrido en razón de sus relaciones comerciales con el franquiciado. A todas luces esta iniciativa tendría como obstáculo el principio del efecto relativo de los contratos y el hecho de que el franquiciado es un comerciante independiente, quedando solamente para los terceros la posibilidad de intentar la reparación de los perjuicios sufridos a través de la incierta vía de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, en determinadas cir-

cunstances la posibilidad de invocar normas propias de la responsabilidad contractual no debe darse por descartada.

En efecto, la responsabilidad del franquiciante puede verse comprometida en primer lugar por causa de los vicios ocultos de los productos distribuidos y por los daños ocasionados por los mismos. De igual forma la responsabilidad del franquiciante puede ser demandada cuando ha intervenido de manera decisiva en la gestión de la empresa del franquiciado; las reglas de esta responsabilidad son aquéllas que determina el derecho de sociedades, según el grado de participación del franquiciante y el grado de gestión que haya asumido en la empresa del franquiciado, por lo que nos remitimos a las normas que para el efecto contiene el Código de Comercio, particularmente en el Libro Segundo y en el Libro Sexto. Una tercera fuente de responsabilidad civil del franquiciante frente a terceros puede resultar de prácticas restrictivas de la competencia; este punto será desarrollado en la segunda parte de este estudio. En este orden de ideas nos detendremos en el análisis de la responsabilidad del franquiciante, que a este respecto se calca de la del franquiciado, como consecuencia de la puesta en el mercado de productos defectuosos, lo que implica el estudio en un primer tiempo de las normas de los códigos Civil y de Comercio y en un segundo tiempo de las disposiciones aplicables del Estatuto del Consumidor.

Frente al derecho privado. Por razón del contrato de franquicia el franquiciante por lo general no establece relaciones de tipo contractual con los consumidores o usuarios finales de sus productos o servicios; estos terceros contratan la adquisición de los bienes o la prestación de los servicios con los franquiciados, quienes, como dijimos, frente a esos terceros responderán por los perjuicios que les causen de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil contractual aplicables según el tipo de contrato, que usualmente es de compraventa o de prestación de servicios, de acuerdo con el tipo de franquicia; esos terceros podrían así mismo pensar en la posibilidad de obtener la reparación de los perjuicios sufridos invocando la responsabilidad civil del franquiciante por cuanto él es el titular del *know-how* y muy probablemente el franquiciado no ha incurrido en negligencia alguna al aplicarlo. Surge entonces la necesidad de saber qué tipo de responsabilidad civil del franquiciante respecto de esos terceros podría invocarse: ¿contractual o extracontractual? Dada la ausencia de vínculo contractual entre los terceros y el franquiciante, el tipo de responsabilidad que aquéllos pueden en principio hacer valer es el extracontractual.

No obstante lo anterior, el Código Civil (art. 1884), así como el de Comercio (art. 928), estipulan que «el vendedor estará obligado a entregar lo que reza el contrato, con todos sus accesorios en las mismas condiciones que tenía al momento de perfeccionarse...». Esta obligación no es exclusiva del vendedor sino de todo aquel que se obliga a la entrega de una cosa, sea ésta de género o un cuerpo cierto, por lo tanto aplicable a la franquicia, pero no a todos los tipos de franquicia; se requiere que en virtud del contrato de franquicia el franquiciante deba ejecutar una obligación de entregar. Así las cosas se encuentra concernida la franquicia de distribución y excepcionalmente la franquicia industrial o de fabricación en la medida en que el franquiciado haya recibido por virtud de la franquicia partes o componentes del franquiciante. Si las ha recibido de un tercero proveedor indicado por el franquiciante, las normas comentadas les serían igualmente aplicables. Con base en lo anterior, cuando exista a cargo del franquiciante una obligación de entregar él deberá entregar lo que reza el contrato con todos sus accesorios, los cuales incluyen las acciones y defensas ligadas a las cosas entregadas. En este orden de ideas, cuando en un segundo tiempo el franquiciado ejecuta su obligación de entregar a un tercero está

igualmente entregando lo que reza el contrato con todos los accesorios, incluyendo las acciones ligadas a la cosa entregada. En este orden de ideas, cuando en un segundo tiempo el franquiciado ejecuta su obligación de entregar a un tercero está igualmente entregando lo que reza el contrato con todos los accesorios, incluyendo las acciones ligadas a la cosa entregada; el tercero adquirente de la cosa es así un causahabiente del franquiciado a título particular respecto de la cosa y por ende de las acciones ligadas a ella. Como causahabiente del franquiciado que es podría a ese título intentar directamente contra el franquiciante las acciones ligadas a la cosa como la acción por vicios ocultos que es de naturaleza contractual.

La acción directa del tercero contra el franquiciante por vicios ocultos de la cosa, por ser de naturaleza contractual, derogarí­a parcialmente el principio del efecto relativo de los contratos, por cuanto entre el franquiciante y el tercero que adquirió el bien del franquiciado no hay ningún vínculo contractual; de admitirse esta acción directa del tercero contra el franquiciante debe admitirse así mismo que el franquiciante pueda hacer valer frente al tercero las excepciones que tendría respecto del franquiciado.

Tanto franquiciante como franquiciado son, respecto del tercero adquirente de la cosa, profesionales, por lo tanto conocedores de los vicios y por ende no sólo obligados a la restitución o a la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios que resulten de los mismos, según los términos de esta obligación de garantía consagrada en el artículo 1918 del Código Civil.

La acción directa del tercero contra el franquiciante es concebida así como una garantía adicional en la medida en que la responsabilidad del franquiciado no pueda ser comprometida, verbigracia, porque además de haber aplicado correctamente el *know-how* transmitido, por ser un simple distribuidor, no podía conocer los vicios ocultos de la cosa, siendo entonces por ese hecho un vendedor profano o no profesional, un lego. En este caso, nótese, la acción de perjuicios del tercero tendría más oportunidades de triunfar si es ejercida contra el franquiciante por tener la calidad de profesional que podría no tener el franquiciado. Esta acción directa del tercero contra el franquiciante excluiría la acción contractual del franquiciado contra el franquiciante por los mismos hechos, en la medida en que éste haya efectivamente reparado los perjuicios al tercero adquirente causahabiente del franquiciado.

Por lo demás, la acción directa que venimos comentando no debe ser solamente admitida respecto del tercero adquirente de un bien que ha circulado dentro de un circuito de franquicia, sino que, en general, las acciones ligadas a la entrega de un bien deben ser admitidas respecto de todo adquirente de un bien contra el vendedor original, con prescindencia de la clase de contratos que hayan mediado entre la puesta al mercado por el productor inicial y el consumidor final, siempre y cuando obviamente se trate de contratos de los que resulta una obligación de dar-entregar y se ejercite dentro de los plazos y condiciones establecidas en los códigos Civil y de Comercio. Se trata de una cadena de contratos relativos a la entrega y transferencia de dominio de un bien en donde cada adquirente es causahabiente de su predecesor, ocupando su lugar y permitiéndole por ende remontar dicha cadena hasta el productor o vendedor original.

Nada se opone entonces a la acción directa del comprador contra el franquiciante, situación que además puede serle sugerida al adquirente por el sentimiento de haber tratado con un simple revendedor de productos de marca —el franquiciado— y no con un comerciante independiente, profesional y responsable. El mundo de los

negocios hoy en día exige la celeridad, la seguridad y el máximo de garantías posibles a los usuarios o consumidores profanos o legos.

Debemos reconocer sin embargo que en Colombia las acciones directas no cuentan con muchos adeptos entre los jueces, a pesar de que como quedó establecido no solamente tienen fundamento jurídico en los artículos 1884 del Código Civil y 928 del Código de Comercio, sino que se traducen en economía procesal y agilidad de la vida negocial. Por desgracia el procesalismo que ha venido ganando terreno en nuestro medio impide y obstaculiza la evolución del derecho sustancial por la vía jurisprudencial, acudiendo a una fórmula diferente de las acciones directas cual es la del llamamiento en garantía del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil.

Se le exige así al comprador ejercer las acciones correspondientes contra el franquiciado, el cual puede a su arbitrio efectuar el llamamiento en garantía. Probablemente lo hará por cuanto, si se le niega la posibilidad al tercero de ejercer directamente las acciones contra el franquiciante, el franquiciado se encuentra en una posición de desventaja frente a éste, comparativamente con el tercero adquirente, de admitirse la acción directa contra el franquiciante. En efecto, el carácter aparente u oculto de los vicios se aprecia *in abstracto*, habida cuenta de las competencias profesionales reputadas del comprador; el adquirente profano se presume ignorante del riesgo mientras que se supone que el adquirente profesional se encuentra en posición de discernirlo. Muy probablemente, tanto frente al comprador como frente al franquiciante, el franquiciado corre el riesgo de ser declarado “profesional”, luego obligado a reparar todas las consecuencias dañinas de los vicios ocultos de la cosa, es decir, tanto el perjuicio causado por la venta, como los perjuicios provocados por la cosa; al ser franquiciante y franquiciado supuestamente “profesionales” existe el riesgo que el llamamiento en garantía no prospere, salvando el primero su responsabilidad frente al segundo, y quede sin embargo intacta la responsabilidad de éste frente al tercero adquirente profano. No obstante, el franquiciante llamado en garantía no podría exonerarse frente al adquirente franquiciado por el único motivo del carácter “profesional” de este último por cuanto si los vicios son indetectables aun para un profesional él podría por el llamamiento en garantía repetir contra el franquiciante.

A ese respecto es indispensable no olvidar, como se dijo en párrafos anteriores, que uno de los argumentos más fuertes, desde el punto de vista del franquiciado, para hacer parte de un circuito de franquicia es precisamente adquirir la formación técnica particular, el *know-how* y los métodos operacionales del franquiciante, los cuales se adquieren sobre la marcha, siempre y cuando exista una motivación importante del franquiciado. Con base en lo anterior, y en los conocimientos sumarios adquiridos por el franquiciado, máxime si dichos conocimientos técnicos presentan cierta complejidad, difícilmente puede ser él calificado de “profesional”. Fácil resulta entonces percibir que la acción directa del tercero contra el franquiciante por cumplimiento defectuoso de la obligación de entregar, con base en las normas sustanciales comentadas, se revela más justa y más apropiada al equilibrio económico dentro del circuito de circulación de un bien que el llamamiento en garantía del Código de Procedimiento Civil.

Problema similar pero con contornos particulares es el relativo a la indemnización de perjuicios por daños ocasionados por el bien, cuando éste no presenta vicios ocultos o desperfectos, sino que es objeto de una inadecuada utilización o manipulación. En esta hipótesis es menester determinar la causa de la indebida manipula-

ción; si ésta obedece a negligencias del usuario, no surgirá responsabilidad alguna *—nemo turpitudinem alegare potest—*. Si por el contrario ella es el resultado del incumplimiento de la obligación de información (la cual puede ser precontractual con miras a obtener un consentimiento libre de vicios o informado o contractual, con consecuencias diversas en uno y otro caso) del vendedor franquiciado, él será único responsable frente al adquirente. El problema de la acción directa podría presentarse nuevamente cuando la indebida manipulación tiene como causa deficiencias en el *know-how* mismo o en su comunicación.

Dejando de lado la obvia responsabilidad del franquiciante frente al franquiciado en estos casos, que compromete la continuidad misma de la franquicia, tema éste que se trató en párrafos anteriores, cabe preguntarnos sobre la posibilidad para el adquirente de buscar la reparación de esos perjuicios directamente del franquiciante. El interrogante es el mismo: ¿el fundamento sería la responsabilidad contractual o extracontractual? La respuesta a este interrogante no está desprovista de interés, el cual no es estrictamente de carácter académico; recordemos que a diferencia de la responsabilidad extracontractual o abstracta, en la concreta o contractual los perjuicios reparables son aquéllos «que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato...», salvo que el deudor haya actuado con dolo o, por asimilación, con culpa grave, caso en el cual se indemnizarán todos los perjuicios (art. 1616 C. C.), disposición limitante ésta que no existe en materia extracontractual.

De admitirse la acción directa de naturaleza contractual se estarían obviando varios problemas de carácter práctico. En primer lugar, si el tercero adquirente se dirige por la vía contractual contra el franquiciado tendría que probar que éste incumplió su obligación de información, incumplimiento que sería la causa de la indebida manipulación o utilización de la cosa adquirida y, por ende, del daño del comprador. Salta a la vista la dificultad de tal prueba, pues queda en todo caso la posibilidad para el franquiciado de exonerarse alegando cualquier causa extraña (caso fortuito o de fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima), puesto que no existe ningún error de conducta de su parte en la medida en que aplicó correctamente el *know-how* transmitido por el franquiciante; si bien en tratándose de la franquicia de fabricación su posición es menos ventajosa por cuanto él es fabricante, su posibilidad de exonerarse se mantiene por lo antes explicado.

En segundo lugar, si el tercero profano adquirente de la cosa, ante el fracaso de la acción contractual contra el franquiciado, decidiera dirigirse contra el franquiciante y la vía fuera la extracontractual, es necesario distinguir entre franquicia de fabricación o industrial y franquicia de distribución. En uno y otro caso muy probablemente se le imponga al tercero la carga de la prueba de la culpa del franquiciante por no ser una actividad peligrosa, pero en la franquicia industrial el franquiciante no es fabricante sino que ha encomendado la producción del bien a un franquiciado, fundándose la acción y el procedimiento en el *know-how*, lo que desde el punto de vista procesal lo favorece y podrá exonerarse más fácilmente; en la franquicia de distribución el franquiciante es fabricante, lo que hace disminuir sus medios de defensa, en la medida en que el debate probatorio no se fundamenta en el *know-how* mismo sino en su correcta transmisión y en los peligros de la cosa.

En todas aquellas hipótesis en que el franquiciado deba indemnizar los daños que ocasione a terceros por razón de la franquicia, en la medida en que él haya ejecutado correctamente las instrucciones del franquiciante, podrá repetir contra este último lo que efectivamente haya pagado por dicho concepto.

Frente a las normas de protección al consumidor. Por razón del contrato de franquicia, dijimos, el franquiciante no establece relaciones de tipo contractual con los consumidores o usuarios finales de sus productos o servicios; estos terceros contratan la adquisición de los bienes o la prestación de los servicios con los franquiciados, los cuales responderán por los daños que les causen de acuerdo con las reglas de la responsabilidad civil contractual aplicables según el tipo de contrato, que por lo general es de compraventa o de prestación de servicios según el tipo de franquicia; si frente a las normas de los códigos Civil y de Comercio el franquiciante estaría eventualmente al abrigo de responsabilidades respecto de terceros, por razón del “principio del efecto relativo de los contratos”, el franquiciante podría no obstante ver comprometida su responsabilidad por razón de las normas de protección de los consumidores (L. 73/81 y Dto. 3466/82, principalmente).

En efecto, el franquiciante puede eventualmente comprometer su responsabilidad frente a terceros, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, desde el punto de vista de las normas de protección al consumidor por dos razones fundamentales: la primera estriba en al asimilación de “productor” e “importador” que hace el artículo 1º del Decreto 3466 de 1982, lo cual concierne principalmente a las franquicias de distribución y las industriales o de fabricación, por cuanto respecto de la calidad e idoneidad «tratándose de bienes importados serán solidariamente responsables el importador y el productor de dichos bienes, solidaridad que se deducirá de conformidad con las normas legales pertinentes» (art. 23 *in fine* Dto. 3466/82); lo anterior sin perjuicio de las exigencias que en materia de cumplimiento de normas técnicas colombianas oficiales obligatorias y reglamentos técnicos se exigen para la obtención del registro o licencia de importación y para el levante de la mercancía, de conformidad con lo establecido en el Decreto 300 de 1995.

En relación con las nociones de “productor, importador, y proveedor” de las normas de protección al consumidor es necesario tener en cuenta que en la franquicia industrial o de fabricación tanto franquiciante como franquiciado encajan dentro de la noción de “productor”, pudiendo este último tener además la calidad de “proveedor” si contrata directamente con el consumidor. En la franquicia de distribución, el franquiciante tendrá la calidad de “productor” y el franquiciado la de “proveedor” y la de “productor” si es así mismo “importador”, dada la asimilación de estos dos últimos términos que hace el artículo 1º del Decreto 3466 de 1982. En la franquicia de servicios, franquiciante y franquiciado tendrán la calidad de “productor” pero solamente este último tendrá la de “proveedor”.

La segunda razón, en la medida en que en los diferentes tipos de franquicia el franquiciante es el responsable de la calidad e idoneidad de los bienes y servicios al tener la calificación de “productor” (o importador) al tenor de los artículos 23 y siguientes del Decreto 3466 de 1982 o Estatuto del Consumidor. Esa calidad e idoneidad de los bienes o servicios se verifica principalmente por el cumplimiento de las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias o de los reglamentos técnicos (Dto. 2269/93); o, en el evento que el bien o el servicio no esté sometido a dichas normas, la calidad e idoneidad de los mismos se verifica según las exigencias ordinarias o habituales del mercado respecto del bien o servicio concernido. El incumplimiento del franquiciante (y eventualmente del franquiciado) de sus obligaciones en cuanto a calidad e idoneidad de los bienes o servicios dará lugar a la reparación de los perjuicios causados a los consumidores en los términos del artículo 36 del Decreto 3466 de 1982, para lo cual sólo podrá invocar las causales de exoneración del artículo 26 *ibidem*.

El productor debe garantizar dichas condiciones de calidad e idoneidad; sin embargo, ante los consumidores, la garantía mínima presunta o las garantías diferentes no inferiores a la anterior recaen directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que éstos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dichas garantías a sus proveedores o expendedores, sean o no productores (arts. 11 inc. 3º y 12 inc. 2º Dto. 3466/82). Tanto la efectividad de dichas garantías como la indemnización de perjuicios a que haya lugar es competencia de los jueces civiles de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de dicho estatuto.

Es necesario precisar, sin embargo, que las normas de protección al consumidor en cuanto a las competencias señaladas a los jueces no han tenido una cabal aplicación, en parte por deficiencias del mismo estatuto y en parte por otras razones que no es el caso analizar aquí.

Las deficiencias en materia de responsabilidades del Decreto 3466 de 1982 son en gran parte subsanadas por el proyecto de ley de protección del consumidor presentado por el Gobierno para estudio del Congreso, el cual, muy seguramente, para la fecha de publicación de este estudio se convertirá en ley de la República.

En efecto, el mencionado proyecto consagra el mismo tratamiento jurídico de productores y proveedores frente a los consumidores; en primer lugar, al dar una misma definición amplia de unos y otros en su artículo 4º: «*Proveedor*. Toda persona natural o jurídica que desarrolle actividades de producción, distribución, comercialización o importación de bienes y servicios». En segundo lugar, el artículo 8º del aludido proyecto prevé: «*Responsabilidad solidaria*. Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en esta ley, quienes participen en una misma cadena de producción, distribución o comercialización responderán solidariamente por los daños y perjuicios que causen con su conducta a los consumidores. Las acciones derivadas de lo previsto en esta ley se tramitarán en proceso verbal, según lo contemplado en el Código de Procedimiento Civil».

Toda cláusula que en un contrato de adhesión en que sea parte un consumidor imposibilite, anule o exonere de responsabilidad al proveedor se tendrá por no escrita (art. 37 del proyecto, cláusulas ineficaces), a lo cual habría que agregar que las cláusulas del contrato de franquicia que exoneren de responsabilidad al franquiciante frente a terceros no serían oponibles a los consumidores.

En el referido proyecto de ley la garantía mínima se presume pactada en todos los contratos que impliquen la transferencia de un bien o la prestación de un servicio a cargo del proveedor y se refiere a las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro correspondiente que llevará la Superintendencia de Industria y Comercio, o en su defecto, en las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias o, en las indicadas por la autoridad competente o, en últimas, las condiciones de calidad e idoneidad habituales en el mercado del producto o servicio concernido (art. 45 del proyecto). La efectividad de la garantía será asegurada por la autoridad administrativa competente, sin perjuicio de la acción por daños y perjuicios.

Con base en lo anterior, la responsabilidad del franquiciante y del franquiciado frente a los consumidores sería idéntica, sin importar el tipo de franquicia del que se trate. Por virtud de las normas de protección al consumidor, éste podría remontar la cadena hasta el productor, cualquiera que éste sea, para efectos de la reparación de los perjuicios que se le causen, lo que no es otra cosa que otorgarle una acción

directa frente a la cual no se podrá oponer el principio del efecto relativo de los contratos⁵.

C. FORMALIDADES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

SI BIEN ES reconocido el principio de “consensualismo” en materia comercial, el contrato de franquicia necesariamente deberá celebrarse por escrito, toda vez que el licenciamiento de los elementos de clientela está sujeto a registro en la Superintendencia de Industria y Comercio, y ante el INCOMEX cuando se trata de una franquicia internacional, como quiera que ella implica una importación de tecnología.

En la medida que el análisis de las formalidades a que está sometida una franquicia internacional comprende algunas a las cuales se sujetan las nacionales, en los desarrollos que siguen nos ocuparemos de las primeras, particularmente, toda vez que de acuerdo con nuestro grado de desarrollo económico las franquicias internacionales son y serán todavía por mucho tiempo las más utilizadas. Así mismo, por una parte, aun cuando por regla general una franquicia no implica una licencia de patente, en las franquicias industriales este elemento no está excluido, y por otra, las formalidades a que debe someterse una franquicia internacional en Colombia son comunes a todos los contratos que implican importación de tecnología, por lo cual nos ocuparemos de las formalidades a que en mayor o menor grado se encuentran sometidos los contratos de transferencia de tecnología.

Algunos problemas se vienen presentando en lo que respecta al tema del registro de contratos relativos a importación de tecnología que impliquen licencia de uso o de explotación de elementos de propiedad industrial, tanto ante el INCOMEX como ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual se revelan incoherencias o falta de coordinación entre las dos entidades mencionadas. En un primer tiempo describiremos los presupuestos básicos de ambos registros y en un segundo momento analizaremos las posibles soluciones.

1. *Presupuestos del registro*

Puesto que se trata de dos registros de un mismo contrato ante dos entidades diferentes los trataremos separados.

a. Ante el INCOMEX

Dichos contratos de licencia de tecnología, tales como los de asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica, marcas, patentes y demás contratos tecnológicos, por ende la franquicia, con base en las normas relativas a inversión extranjera son considerados como de transferencia de tecnología y por lo tanto deben ser registrados hoy ante el INCOMEX como presupuesto previo para el pago de regalías en moneda extranjera a través del mercado cambiario, entre otros. Dichas normas

⁵ Ver CHRISTIEN LARROUMET, *Les Obligations*, T. III.

son fundamentalmente la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y su Decreto Reglamentario 0259 de 1992⁶.

El registro de los contratos de licencia de uso de marca o de explotación de patente, o de aquéllos que envuelvan estas licencias ante el INCOMEX, es automático siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

«a) Identificación de las partes, con expresa consignación de su nacionalidad y domicilio;

«b) Identificación de las modalidades que reviste la transferencia de tecnología que se importa;

«c) Valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología;

«d) Determinación del plazo de vigencia» (art. 2º Dto. 0259/92).

Si bien el registro de tales contratos en el INCOMEX es “automático”, éste efectúa un examen de registrabilidad para verificar que el contrato no contenga cláusulas restrictivas del comercio internacional, sobre acuerdos de precios, o que obliguen a los licenciarios a transferir al concedente las mejoras técnicas que se logren con ocasión de la tecnología licenciada.

El INCOMEX tiene un plazo de ocho días hábiles para efectuar el registro que se le solicite y si dentro de ese término no se ha pronunciado opera el silencio administrativo positivo, esto es, el contrato se entiende registrado.

El registro ante el INCOMEX no es un requisito de perfeccionamiento del contrato sino un requisito para su ejecución en Colombia en cuanto a las obligaciones del franquiciado o del licenciario, que consisten para estos efectos principalmente de manera general en el pago de regalías al concedente.

El registro ante el INCOMEX no es una autorización del contrato, sin perjuicio de que el Consejo Superior de Comercio Exterior pueda determinar los casos especiales que excepcionalmente requieran autorización por parte del Comité de Servicios y Tecnología del Ministerio de Comercio Exterior.

b. Ante la Superintendencia de Industria y Comercio

En la Superintendencia de Industria y Comercio se deben registrar tanto los contratos de licencia de explotación de patentes como los contratos de licencia de uso de marcas, y así mismo todos aquellos que impliquen estos licenciamientos, por lo que los trataremos separadamente. Precisemos desde ya que el solicitante del registro debe presentar para efectos del mismo copia del contrato completo, debidamente autenticada, legalizada y traducida oficialmente al español según el caso. La anterior precisión se hace indispensable por cuanto en algunas ocasiones se presentan para registro extractos de los contratos arbitrariamente escogidos por el solicitante o sin

⁶ No obstante, y dependiendo de circunstancias tales como la participación del franquiciante en el capital de la empresa del franquiciado, es conveniente analizar, previa la celebración del contrato, la franquicia frente al denominado “Estatuto de Inversiones Internacionales”, compuesto fundamentalmente por las resoluciones 51 y 52 de 1991, 53, 55, 56 y 57 de 1992 y 60 de 1993 expedidas por el CONPES, así como

los decretos 2348 de 1993, 98, 1812, 2012, 2764 de 1994 y 517 de 1995. Resulta igualmente útil tener presente, en caso de inversiones en capital por parte del franquiciante extranjero en la empresa del franquiciado colombiano, lo establecido en la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República.

el lleno de las formalidades exigidas por las normas de los códigos Civil, Comercial y de Procedimiento Civil. La falta de esos requisitos conducirá a que la Superintendencia de Industria y Comercio requiera al solicitante para que subsane la solicitud de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 13 del Código Contencioso Administrativo.

Los contratos de licencia de explotación de patentes o que la implican. Los contratos de licencia de explotación de patente o que envuelven una licencia en tal sentido deben registrarse en la División de Nuevas Creaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio por disposición de los artículos 39 y 40 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 9º del Decreto 117 de 1994 y 16 del Decreto 2153 de 1992. Aquí tampoco el registro tiene por finalidad perfeccionar el contrato de licencia, sino que su efecto es el de hacerlo oponible frente a terceros; en otros términos, es un requisito de publicidad mas no una formalidad *ad substantiam actus*. No obstante lo anterior, es de señalar que el texto del artículo 40 pareciera estar en contradicción con el del artículo 50 de la misma decisión, pero esta contradicción sólo es aparente por cuanto el artículo 50 precisa que no producirán efecto legal alguno los contratos que no se ajusten a las reglas de ese capítulo o sección de la norma (una cosa es el contrato celebrado y otra que produzca efectos).

Por su parte, y éste es un punto de suma importancia, el artículo 41 de la citada decisión dispone que la División de Nuevas Creaciones «no registrará los contratos de licencia para la explotación de patentes que no se ajusten a las disposiciones del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías», que no es otra cosa que la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, reglamentada por el Decreto 0259 de 1992, comentados anteriormente, en cuanto a los requisitos del registro de los mismos contratos ante el INCOMEX.

Dos interpretaciones posibles caben al texto del artículo 41 transcrito, habida cuenta que el artículo 9º del Decreto 117 de 1994, reglamentario de la Decisión 344, no hizo ninguna precisión al respecto. En primer lugar podría pensarse que la División de Nuevas Creaciones, para verificar que el contrato de licencia de explotación de patente “se ajusta” a las disposiciones de la Decisión 291 y su decreto reglamentario, debe exigir al solicitante el certificado de registro del mismo ante el INCOMEX como requisito para su registro en dicha División. La segunda interpretación posible consiste en que la División de Nuevas Creaciones no exige como requisito previo dicho certificado de registro ante el INCOMEX, sino que ella procede al estudio del contrato concernido para establecer que “se ajusta” a la Decisión 291 y su decreto reglamentario, esto es que no contiene cláusulas restrictivas del comercio internacional, sobre acuerdos de precios, o que obliguen a los licenciarios a transferir al concedente las mejoras técnicas que se logren con ocasión de la tecnología licenciada.

El inconveniente de la primera interpretación consiste en que el artículo 9º del Decreto 117 de 1994 no exige que a la solicitud de registro ante la División de Nuevas Creaciones se acompañe certificado de registro del mismo ante el INCOMEX, a lo que cabe anotar que la administración no puede exigirle a los particulares el cumplimiento de requisitos que no estén previstos en la ley o en reglamento (arts. 3º inc. 2º y 10º Contencioso Administrativo).

El inconveniente de la segunda interpretación del artículo 41 de la Decisión 344 mencionado consiste en que, si bien se ajusta a derecho por las razones comentadas en el párrafo anterior, el control sobre las cláusulas prohibidas antes

anotadas se estaría efectuando tanto en el INCOMEX como en la División de Nuevas Creaciones.

Los contratos de licencia de uso de marcas o que impliquen. Los contratos de licencia de uso de marca o que conlleven un licenciamiento de un signo distintivo deben registrarse en la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio en virtud del artículo 15 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 17 del Decreto 117 de 1994.

El citado artículo 117 de la Decisión 344 contiene un texto similar al del artículo 41 analizado respecto de las patentes, por lo que caben las mismas reflexiones, pero no ordena que la División de Signos Distintivos verifique si los contratos cuyo registro se solicita “se ajustan” a la Decisión 291, sino que se manifiesta categóricamente que ellos no podrán contener las cláusulas prohibidas antes mencionadas, lo que se ajusta aún más a la segunda de las interpretaciones que respecto del artículo 41 hicimos en cuanto a licencias de explotación de patentes. Lo anterior se traduce en que, ante una solicitud de registro de un contrato de licencia de uso de marca, la División de Signos Distintivos debe verificar que éstos no contengan cláusulas de aquellas prohibidas por la Decisión 291 y su Decreto Reglamentario 0259 de 1992.

A los anteriores problemas de interpretación se suman los planteados en cuanto a solicitudes de registro de contratos de licencias relativos a patentes o a marcas cuando respecto del registro de las patentes o de las marcas mismas exista una solicitud de prórroga ante la Superintendencia de Industria y Comercio. A la solución de estos problemas específicos se refieren los párrafos que siguen.

2. Soluciones a los problemas planteados

El problema del registro de los contratos de licencia de explotación de patentes y de uso de marcas ante el INCOMEX se presenta cuando existe una solicitud de prórroga o de renovación sin decidir en la Superintendencia de Industria y Comercio. Es de señalar que los problemas planteados no se presentarían si los solicitantes que tramitan ante ambas entidades los registros de esos contratos solicitaran el registro ante el INCOMEX en época distinta a la de solicitud de prórroga de los derechos de propiedad industrial en la Superintendencia de Industria y Comercio, pero en muchos casos, por inadvertencia de los mismos, se hacen coincidir en el tiempo ambos trámites.

a. El caso de las patentes

Bajo la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena el problema planteado no se presenta en términos diferentes a como se presentaba bajo las decisiones andinas precedentes, por cuanto en virtud del artículo 30 «la patente tendrá un plazo de duración de veinte años, contados a partir de la fecha de presentación de la respectiva solicitud», y dicha duración no es susceptible de prórroga o extensión. Sin embargo, los derechos que confiere la patente pueden ser ejercidos a partir de la fecha de presentación de la solicitud (arts. 36 y 53), al igual que bajo las decisiones 311 y 313, no así bajo la Decisión 85, es decir que se pueden conceder licencias y éstas deben ser registradas, aun cuando ellas y los registros correspondientes (tanto en el INCOMEX como en la Superintendencia de Industria y

Comercio) estén sometidos a condición resolutoria si la patente no es finalmente concedida u otorgada.

b. El caso de las marcas

Según el artículo 98 de la Decisión 344, «el registro de una marca tendrá una duración de diez años contados a partir de la fecha de su concesión y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años». En las decisiones 311, 313 y 344 desapareció el requisito de acreditar el uso o la utilización de la marca como condición de fondo para la renovación de su registro; dicho en otros términos, si la solicitud de renovación se hace con el lleno de los requisitos de forma y dentro del término legal, la administración no puede rehusar su renovación, sin perjuicio de la solicitud de cancelación por no uso de los artículos 108 y siguientes. Con base en las anteriores consideraciones la titularidad de las marcas adquiere una mayor vocación de permanencia en el tiempo que bajo la Decisión 85, dado el carácter prácticamente automático de la renovación del registro marcario. Por supuesto aquí, como en los casos anteriores, la vigencia de los registros de los contratos de franquicia y de todos aquellos que conlleven una licencia de marca, ante el INCOMEX y ante la Superintendencia de Industria y Comercio, como los contratos mismos, queda supeditada a que la administración decida favorablemente la solicitud de renovación del registro marcario.

El artículo 117 precisa que «los contratos de licencia deberán ser registrados en el organismo competente del respectivo País Miembro, no podrán contener las cláusulas restrictivas del comercio y deberán ser concordantes con el ordenamiento subregional andino y en particular con el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías», con lo cual la Superintendencia de Industria y Comercio debe verificar que dichos contratos no contienen cláusulas prohibidas por la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y su Decreto Reglamentario 0259 de 1992.

En resumen, la solicitud de registro de un contrato de licencia de explotación de patente, tanto ante el INCOMEX como ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es procedente desde la solicitud de la patente, y quedan sometidos dichos registros y el contrato mismo a que se otorgue la patente de invención. Así mismo la solicitud de registro de un contrato de licencia de uso de marca, tanto ante el INCOMEX como ante esta otra entidad, es procedente a partir del momento del registro de la marca en la propia Superintendencia de Industria y Comercio. Y, finalmente la solicitud de registro de un contrato de licencia de explotación de patente o de uso de marca, tanto ante el INCOMEX como ante la Superintendencia de Industria y Comercio, es procedente cuando se haya solicitado prórroga de la patente (bajo las decisiones anteriores a la 344) o renovación de la marca con el lleno de los requisitos y dentro del término que exige la ley, aun cuando la oficina competente no haya decidido definitivamente sobre la misma, quedando en todo caso supeditada la vigencia de tales registros y los contratos de licencia mismos a la efectiva prórroga de la patente o renovación del registro marcario.

Con fundamento en lo anterior muy posiblemente las autoridades subregionales contemplen la expedición de normas que armonicen y agilicen el registro de tales contratos en el INCOMEX y en la Superintendencia de Industria y Comercio, obviando trámites innecesarios y haciendo más ágiles las inversiones extranjeras en capital y en tecnología.

II. LA FRANQUICIA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LAS NORMAS SOBRE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

LA LIBRE COMPETENCIA consiste en la rivalidad entre las empresas en la búsqueda y conservación de la clientela, elemento esencial de los establecimientos de comercio, con miras a una selección, mediante unas técnicas comerciales apropiadas. La búsqueda y conservación de la clientela implica una empresa eficiente, y eficiente es aquella que puede ofrecer productos o servicios de alta calidad a precios bajos, colocándose de esta manera en una posición privilegiada frente a sus competidores. En este orden de ideas la finalidad última de la libre competencia es ofrecerle al consumidor productos y servicios de alta calidad a bajos precios y lograr la eficiencia de las empresas, es decir, del aparato productivo.

La libre competencia supone por lo menos un ciclo económico desintervenido, un conocimiento del mercado por todos los agentes económicos que en él actúan, libertad de acceso de los agentes económicos a los recursos necesarios para el desarrollo de su actividad y posibilidades de colocar sus productos en dichos mercados⁷.

En Colombia no existe doctrina ni jurisprudencia de las autoridades administrativas encargadas legalmente de conocer sobre las infracciones a las normas de promoción de la competencia referidas a la franquicia. Como consecuencia de lo anterior nuestro análisis se centrará en un primer tiempo en la legislación y en la jurisprudencia extranjeras y en un segundo tiempo en el estudio de las conductas tipificadas en el ordenamiento colombiano como contrarias a la libre competencia, susceptibles de ser aplicadas a la franquicia.

A. FRANQUICIA Y LIBRE COMPETENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN Y LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERAS

EN LOS ESTADOS UNIDOS se ha abandonado progresivamente la regla de la ilegalidad intrínseca de las prácticas restrictivas de la libre competencia, orientando cada vez más los tribunales sus decisiones a un mayor uso del criterio razonable (*rule of reason*) y, por tanto, a evaluar los efectos económicos de los asuntos que se sometan a su consideración caso por caso. Hoy en día los tribunales, así como los organismos que aplican la legislación contra los monopolios, tienden a determinar en cada caso concreto si unas prácticas anticompetitivas pueden verse contrarrestadas por las ventajas para la competencia. Desde esa óptica un número creciente de prácticas restrictivas consideradas tradicionalmente como ilegales se ven aceptadas siempre que contribuyan a una innovación tecnológica y a una eficiencia mucho mayor del mercado dentro del sector de actividad respectivo.

En el derecho francés de la competencia la Ordenanza 86-1243 de diciembre 1º de 1986⁸ es el ordenamiento positivo básico vigente en la materia; frente al contrato de franquicia importa aquí tener presente el artículo 10º, cuyo texto es el siguiente:

⁷ Ver FERNANDO MONTOYA M., "Derecho Comercial y Libre Competencia", en *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, T. III, Estudios de Derecho Comercial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.

⁸ Ver la Ordenanza 86-1243 de diciembre 1º de 1986, traducida integralmente en MONTOYA y GUEGUEN, "El Derecho Francés de la Libre Competencia", en *Externado Revista Jurídica*, Vol. 5, N° 1 (enero-junio 1991).

«Artículo 10º.- No están sometidas a las disposiciones de los artículos 7º y 8º⁹ las prácticas:

«1. Que resulten de la aplicación de un texto legislativo o de un texto reglamentario tomado para su aplicación;

«2. Cuyos autores puedan justificar que ellas tienen como efecto asegurar un progreso económico y que reservan a quienes las practican una parte equitativa del provecho que de su ejercicio resulta, sin dar a las empresas interesadas la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial de los productos en causa. Esas prácticas no deben imponer restricciones a la libre competencia sino en la medida en que ellas sean indispensables para alcanzar el objetivo de progreso.

«Ciertas categorías de acuerdos, particularmente los que tienen por objeto mejorar la gestión de la pequeña y la mediana empresa, pueden ser reconocidos como satisfactorios de esas condiciones, mediante decreto expedido después de opinión favorable del Consejo de la Libre Competencia».

Con base en este artículo se ve claramente la intención del legislador francés de despenalizar el derecho de la libre competencia, acorde con la nueva política de ese momento de libertad de precios y con la coyuntura económica al momento de decidir. Ante la nitidez del numeral 1 precisemos, del segundo que acoge la teoría, inspirada en el numeral 3 del artículo 85 del Tratado de Roma, del *balance económico*, según el cual se debe sopesar el atentado a la competencia con las ventajas de la práctica hacia el futuro; si pesa más el primero, la práctica se prohíbe, si las segundas, la práctica se autoriza pura y simplemente o se condiciona a la adopción de medidas que reduzcan el atentado a la libre competencia a su estricto mínimo necesario.

A pesar de las afirmaciones de algunos autores franceses¹⁰, lo cierto es que la disposición transcrita acerca más el sistema francés al americano (*rule of reason*) que al europeo (regla *per se*); por ser este último más próximo de nuestro sistema jurídico, veremos más ampliamente la jurisprudencia y la legislación europea de la franquicia y el derecho de la libre competencia.

⁹ El texto de los artículos 7º y 8º es el siguiente:

«Artículo 7º.- Son prohibidas, cuando tengan por objeto o puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia en un mercado, las acciones concertadas, convenciones, oligopolios expresos o tácitos o coaliciones, particularmente cuando tiendan a:

1. Limitar el acceso al mercado o el libre ejercicio de la competencia a otras empresas;
2. Obstaculizar la fijación de precios por el libre juego del mercado favoreciendo artificialmente su alza o su baja;
3. Limitar o controlar la producción, la distribución, las inversiones o el progreso técnico;
4. Repartir los mercados o las fuentes de aprovisionamiento».

«Artículo 8º.- Es prohibida en las mismas condiciones la explotación abusiva de una empresa o grupo de empresas:

1. De una posición dominante en el mercado interior o una parte sustancial de éste;

2. Del estado de dependencia económica en el cual se encuentra una empresa cliente o proveedora que no dispone de solución equivalente.

Esos abusos pueden consistir particularmente en negativa de venta, ventas ligadas o en condiciones de venta discriminatorias así como en la ruptura de relaciones comerciales establecidas, por el solo motivo de que la otra parte rehúsa a someterse a condiciones comerciales injustificadas».

¹⁰ Ver entre otros a Christian Gavalda y Claude Lucas de Leyssac, "Commentaire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté de prix et de la concurrence", en *Actualité Législative DALLOZ*, Número Especial, 1988, París, Francia.

1. La jurisprudencia

En materia de franquicia y derecho de la libre competencia el precedente judicial más importante de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea es sin lugar a dudas la sentencia proferida dentro del proceso conocido como el *Asunto Pronuptia*. En primer lugar, consideramos de mucha importancia conocer el texto integral de dicha providencia¹¹, por cuanto constituye una gran herramienta de análisis de la franquicia como instrumento de desarrollo empresarial. Es de advertir, sin embargo, que aun cuando en los términos de la Corte la decisión se refiere exclusivamente a la franquicia de distribución, muchas de las reflexiones que en ella se hacen pueden ser aplicadas, *mutatis mutandis*, a los demás tipos de franquicia. Se trata de una decisión prejudicial dentro de un proceso adelantado ante la Corte de Casación alemana (*Bundesgerichtshof*).

a. Comentarios a la decisión de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea

El principal mérito de la decisión transcrita consiste en que la Corte supo poner en evidencia la especificidad del contrato de franquicia en cuanto a su objeto y la unidad de su noción. Es necesario recordar que al momento de la decisión no existía definición en las legislaciones de los países miembros de este contrato, lo cual no favorecía la unidad de la noción. En la definición que da la Corte se resaltan dos elementos esenciales que se combinan en un contrato de franquicia: la licencia de marca y/o de enseña o de nombre comercial y la comunicación de un *know-how*, figuras que en sí pueden constituir contratos autónomos. Sobre estos elementos esenciales no nos referiremos en los párrafos que siguen, en primer lugar porque compartimos las reflexiones de la Corte sobre el particular y, en segundo lugar, porque ya existe suficiente ilustración sobre los mismos. Al contrario, consideramos importante profundizar más sobre la afirmación de la Corte en virtud de la cual las cláusulas que efectúan una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciados o entre franquiciados constituyen restricciones a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1 del Tratado de Roma y son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros. Así mismo afirma la Corte que el Reglamento 67/67 no es aplicable a los contratos de franquicia de distribución como los que fueron examinados dentro del marco de su decisión. Dichas afirmaciones merecen por nuestra parte los siguientes comentarios.

La franquicia es un contrato atípico. Con frecuencia se habla de contratos atípicos o innominados para indicar el fenómeno de la creación de nuevos contratos o para describir la peculiaridad del contenido de relaciones contractuales singulares y concretas¹²; interesa para nuestro análisis tener en cuenta la primera hipótesis, por cuanto el contrato de franquicia es completamente atípico, es decir, la casi totalidad del contenido contractual se encuentra disconforme con los tipos disciplinados por la ley. Aunque con alguna frecuencia sucede, el empleo de la franquicia no significa el que sus usuarios acudan a ella con miras a eludir fraudulentamente una disciplina

¹¹ Reproducido en la *Gazette du Palais*, Dimanche 6 au mardi 8 avril 1984, Jurisprudence, pp. 19 y ss. Véase la traducción del francés en el Anexo N° 1.

¹² Ver Lina Bigliuzzi Geri y otros, *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos*, Universidad Externado de Colombia, T. I. Vol. II, 1992, pp. 647 y ss.

legal inderogable. El contrato de franquicia goza de tipicidad social, no sólo por su reiterada utilización sino porque la norma básica de la autonomía contractual (art. 1494 C. C.) autoriza su celebración; los individuos pueden en efecto, para disponer de sus intereses propios, recurrir a figuras negociales predefinidas en el ordenamiento, o apartarse de los “tipos” legales y acudir a figuras negociales diferentes, no reguladas en la ley y que, sin oponerse a ella, son reconocidas por la sociedad.

Por no ser el contrato atípico contrario a una norma imperativa de derecho y por desempeñar una función económica y social relevante, previo cumplimiento de los presupuestos mínimos de existencia y validez necesarios en todos los contratos, resulta entonces digno de la protección del ordenamiento y los intereses de las partes merecedoras de la tutela del derecho. Más delicado es el problema de la disciplina a la que han de someterse los contratos atípicos y la determinación de sus efectos frente al silencio de la ley.

En razón de que la franquicia es de aquellos contratos cuyo contenido resulta en su mayor parte extraño a todo tipo legal, cabe preguntarse si la dificultad se resuelve con la aplicación del contrato típico al que mejor pueda asimilarse o si debe procederse a la aplicación analógica de las normas legales que regulen el o los contratos típicos más afines con la franquicia; este proceso analítico se conoce como el de interpretación e integración del contrato atípico.

Sobre el particular, en la doctrina se conocen varios criterios. Según la teoría de la absorción, para determinar la disciplina del contrato de franquicia debería acudirse al contrato que dentro de la combinación de elementos se revela como determinante o preponderante. Según la teoría de la combinación, es necesario yuxtaponer la normatividad relativa a los varios elementos que se encontrarían en la franquicia con los correspondientes a los diferentes contratos típicos que los contengan, utilizándolos todos para su integración. Según la teoría de la aplicación analógica, dicha integración se lograría haciendo uso de las reglas relativas al contrato más afín con la franquicia. Cualquiera de las teorías que se adopte, una o varias combinadas, debe tener en cuenta los intereses y la intención de las partes en el contrato: «Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras» (art. 1618 C. C.).

Ahora bien, es menester analizar las soluciones propuestas frente a las cláusulas de exclusividad en los contratos de franquicia. Bástenos recordar que en los contratos de franquicia existen múltiples cláusulas de exclusividad, unas que aluden a los elementos de clientela, esenciales al contrato, y otras a los suministros y a la zona atribuida al franquiciado. Las primeras se refieren, en primer lugar, al *know-how*. En efecto, son indispensables las cláusulas que garantizan que el *know-how* transmitido por el franquiciante al franquiciado no llegue a conocimiento y provecho de los competidores del franquiciante; por esta razón la licencia de *know-how* es concedida *exclusivamente* en beneficio del franquiciado. En segundo lugar, la licencia de uso de la marca y/o enseña o del nombre comercial (de los elementos de propiedad industrial), que el franquiciante concede al franquiciado y que organiza el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación del circuito de franquicia, es también *exclusiva*. Estos dos tipos de cláusulas de exclusividad, al decir de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en la Decisión Pronuptia, no constituyen restricciones de la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1 del Tratado de Roma.

Las segundas, cierto, no son esenciales al contrato de franquicia, y deben ser consideradas como un *elemento accidental* del contrato; ellas son la exclusividad de

aprovisionamiento (aunque la decisión se refiere a la franquicia de distribución el razonamiento es igualmente aplicable a la franquicia industrial o de fabricación), en virtud de la cual el franquiciado sólo puede aprovisionarse ante el franquiciante o ante la persona indicada por éste, y la exclusividad pactada en beneficio del franquiciado en virtud de la cual el franquiciante no puede vender directamente, conceder otras franquicias o proveer de los productos concernidos a otros comerciantes dentro de una zona predefinida, como quiera que según la Corte son contrarias a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1 del Tratado de Roma. Así mismo, afirma la Corte, a dichas cláusulas y a la franquicia en general no le son aplicables las disposiciones del Reglamento 67/67.

El Reglamento 67/67 de la Comisión de la Comunidad Europea de marzo 22 de 1967 concierne la aplicación del artículo 85 numeral 3 del Tratado de Roma y se refiere a una exención por categorías en la concesión comercial¹³ respecto de acuerdos de exclusividad recíprocos de entrega y aprovisionamiento concluidos entre concedente y concesionarios. Dichos acuerdos, en virtud del mencionado Reglamento, estarían exentos de la aplicación del artículo 85 numeral 1 del Tratado de Roma, luego, en últimas, se tendrían por no contrarios a la libre competencia.

En efecto, en la concesión comercial el concedente beneficia de una exclusividad en virtud de la cual el concesionario se abstiene de distribuir o comercializar productos o servicios de un competidor. La cláusula puede por el contrario reservar al concesionario la exclusividad de las ventas de un fabricante o mayorista dentro de un territorio determinado y está generalmente combinada con una exclusividad del tipo precedente. Las empresas del concedente y del concesionario se encuentran así de alguna manera integradas. De un lado el concesionario se ve obligado a aceptar el control de sus operaciones comerciales, y algunas veces de su organización financiera, por parte del concedente.

Cuando el concedente constituye un circuito de concesionarios a quienes les otorga una protección territorial a cambio de la exclusividad que éstos le acuerdan, estamos frente a la distribución selectiva. La existencia de una marca de fábrica prestigiosa o de artículos que demandan el empleo de procedimientos técnicos minuciosos para su elaboración emplean en su comercialización dicha técnica contractual, por cuanto no todos los potenciales concesionarios están en capacidad de prestar los servicios que los productos en cuestión demandan y mantener la imagen del circuito. El éxito de ella depende de la escogencia de los concesionarios por parte del concedente, quien generalmente tiene en cuenta factores tales como los locales en donde éstos funcionan (instalaciones, localización, decoración, calidad del personal en contacto con el público, etc.). Por el hecho de la exclusividad los productos concernidos no están jurídicamente disponibles para otros potenciales distribuidores.

En la franquicia la uniformidad del circuito conformado por el franquiciante y los franquiciados es mayor, lo que, según las estipulaciones de las partes, puede implicar la necesidad de introducir una exclusividad tanto a favor del uno como de los otros, exclusividad similar a la establecida en la concesión comercial y en la distribución selectiva. Es corriente encontrar cláusulas en las que se precisa que “durante la vigencia del presente contrato el franquiciado no podrá, en cualquier

¹³ Para la concesión de venta o concesión comercial, consultar a FERNANDO MONTOYA M., “Derecho Comercial...”, *Op. Cit.*, p. 113, y ERNESTO RENGIFO, “Contrato de Concesión Comercial”,

Derecho de la Distribución Comercial, Biblioteca Millennium, El Navegante Editores, 1995, pp. 89 a 120.

lugar que sea, fuera de la zona que le es atribuida en la cláusula X, ejercer ninguna actividad que le haga competencia directa o indirectamente al franquiciante o a los otros miembros del circuito, ni transferir a otros puntos de venta distintos del almacén objeto de este contrato artículos suministrados por el franquiciante o la persona designada por éste y no podrá hacer ninguna publicidad de su comercio por fuera de la zona que le es atribuida en la cláusula X”.

En este orden de ideas, la exclusividad de aprovisionamiento (en favor del franquiciante) y de entrega (en favor de los franquiciados) es un elemento accidental tanto en los contratos de franquicia (al decir de la Corte), como en los de concesión comercial. Si creemos, como en efecto ocurre, que en el proceso de interpretación e integración de los contratos completamente atípicos o innominados, las teorías que mejor se adaptan son la de la combinación y la de aplicación analógica en armonía con la intención de las partes, los pactos de exclusividad comentados, al ser introducidos en el contrato se convierten en elementos esenciales¹⁴. Cabe entonces preguntarse por qué la Corte de Justicia de la Comunidad Europea no aplicó el Reglamento 67/67 a la franquicia. Por nuestra parte creemos que donde hay unas mismas situaciones de hecho se aplican unas mismas razones de derecho. Siendo la franquicia un contrato innominado, ¿por qué no aplicar, respecto del punto controvertido, las reglas del contrato típico más próximo? La concesión mercantil es un contrato típico en cuanto a reglas de libre competencia al interior de la Comunidad Europea según el Reglamento 67/67, el cual creemos debió ser aplicado, *mutatis mutandis*, a la franquicia en el asunto Pronuptia, aplicación que constituye una adecuada interpretación e integración de la franquicia como contrato atípico que es. Sobre este particular su posición estriba tal vez en el hecho de que para la Corte relacionar la franquicia con otros contratos de distribución la conduce a delimitar su noción alejándola de otras figuras afines; este planteamiento es tratado en seguida.

La franquicia de distribución es un contrato de distribución. El afán de precisar los contornos de la franquicia en relación con otros contratos de distribución, a partir de la importancia atribuida a la concesión de uno o varios signos distintivos y a la comunicación de un *know-how* (en el Código Europeo de Deontología de la Franquicia), conduce a la Corte a afirmar en la decisión Pronuptia que «más que un modo de distribución se trata de una manera de explotar financieramente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos». Como ya tuvimos oportunidad de expresarlo, el franquiciante no suministra o provee obligatoriamente los productos que el franquiciado está encargado de vender —elemento accidental del contrato que puede o no ser incluido—. Si en efecto el contrato de franquicia no contiene dicho elemento accidental, la fórmula empleada por la Corte estaría plenamente justificada; pero cuando el contrato de franquicia contempla dichos acuerdos de exclusividad de aprovisionamiento y de entrega —elemento accidental del contrato convertido por su inclusión en esencial— estamos en presencia de un auténtico contrato de distribución.

En efecto, la técnica de la franquicia y sus características esenciales consisten en utilizar los instrumentos del *know-how* y la imagen del circuito con la finalidad de organizar una red de distribución y esto aun en defecto del elemento accidental analizado. Es más, el acuerdo de exclusividad de aprovisionamiento está íntimamen-

¹⁴ RENATO SCOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 185 y ss.

te ligado con la exclusividad que el franquiciante concede sobre los dos elementos esenciales de la franquicia, esto es, sobre la utilización de los elementos de propiedad industrial y el *know-how*; ¿sería concebible que el franquiciado colocara arbitrariamente la marca cuyo uso se le ha concedido en productos suministrados por cualquier proveedor o que aplicara las técnicas transmitidas en la comercialización de cualquier clase de productos? Si la respuesta fuera afirmativa posiblemente se rompería la uniformidad de la calidad buscada por el franquiciante y, por qué no, por los franquiciados.

En este orden de ideas se conviene cómodamente en que antes que todo la franquicia es un modo de distribución, aun cuando vaya más allá que los otros. Ciertamente, no es esta característica la que permite definir al contrato de franquicia y diferenciarlo de otros contratos de distribución, puesto que es precisamente un rasgo que comparte con ellos, verbigracia, con la concesión comercial. Al igual que en esta última, en la franquicia tanto la exclusividad de aprovisionamiento en favor del franquiciado o del proveedor indicado por éste como la exclusividad territorial del franquiciado apuntan a organizar la distribución. En definitiva, se percibe que el contrato de franquicia resulta de la conjunción de elementos genéricos característicos de la función de distribución, presentes en otros contratos de ese género, acompañado de otros elementos específicos que lo distinguen pero no lo sustraen de las técnicas de distribución.

El argumento utilizado por la Corte en este punto podría ser utilizado igualmente para la franquicia industrial o de producción respecto de la materia prima utilizada por el franquiciado en la aplicación de los conocimientos técnicos de fabricación; a este propósito cabrían reflexiones también de similar talante enfocadas ya no sólo desde la óptica de la distribución sino de la reproducción industrial.

La sentencia *Pronuptia*, aquí transcrita y comentada, marcó el comienzo de la evolución doctrinaria en materia de franquicia, particularmente la de distribución; dicha sentencia fue seguida de otras decisiones de la Comisión de la Comunidad Europea respecto de las franquicias *Pronuptia* e *Yves Rocher*, en las cuales se siguieron en esencia los mismos lineamientos trazados por la Corte en la decisión comentada, hasta que finalmente el legislador europeo (la Comisión) sobre la base de la experiencia adquirida decidió intervenir.

2. La legislación

La Comisión de la Comunidad Europea, sobre la base de la experiencia adquirida por las Instituciones comunitarias en materia de franquicia, el 30 de noviembre de 1988, con fundamento en el artículo 85 del Tratado de Roma, expidió el primer conjunto de normas que en materia de libre competencia son aplicables a la franquicia. En este orden de ideas es menester conocer en un primer tiempo dicha normatividad (ver Anexo N° 2), y en un segundo tiempo hacer unos breves comentarios sobre la misma.

a. Comentarios al Reglamento 4087/88 de la Comisión

No obstante la complicada y tal vez pesada técnica legislativa comunitaria, es innegable el avance del estudio del contrato de franquicia frente a las normas sobre promoción de la competencia, y en este sentido el reglamento transcrito es una pieza fundamental. No es necesario entrar a precisar detalladamente el progreso de dicho

reglamento frente a la decisión Pronuptia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea igualmente analizada, por cuanto es evidente que el contrato de franquicia encontró en ese reglamento un terreno más fértil. Dicha legislación, dentro de determinados límites, da luz verde a ciertas cláusulas que fueron vistas en su momento por la Corte con un alto grado de desconfianza; así mismo pretende colocar a la franquicia como un instrumento de creación y desarrollo de nuevas empresas. Veamos un poco más de cerca estos dos aspectos.

La franquicia como modo de distribución. De entrada el reglamento, al precisar cuáles son los elementos esenciales del contrato de franquicia (licencia de elementos de propiedad industrial o intelectual y de *know-how*) ya comentados, señala que ellos pueden estar combinados con restricciones relativas a la entrega o a la compra de productos (ver considerando 2), lo que no es otra cosa que admitir desde un comienzo la posibilidad de pactar, con ciertas limitaciones, exclusividad de aprovisionamiento en favor del franquiciante y exclusividad del franquiciado dentro de la zona atribuida en el contrato.

En cuanto a la primera exclusividad la Comisión afirma que cuando los franquiciados venden o utilizan productos fabricados por el franquiciante, o según sus instrucciones y/o productos que llevan su marca, la obligación para los franquiciados de no vender o utilizar productos competidores *«permite establecer un circuito coherente que se identifica con los productos franquiciados»*. Agrega sin embargo, precisando los límites de esa exclusividad, que *«esta obligación no puede ser aceptada sino para los productos que forman el objeto esencial de la franquicia; dicha obligación no puede aplicarse en particular a los accesorios o a los repuestos de esos productos»* (considerando 9). Así mismo señala como límite, la posibilidad de importaciones paralelas por entregas cruzadas entre franquiciados. La exención a una cláusula concebida en esos términos está consagrada en los artículos 2º, literales d y e y 3º, numeral 1, literal b sin que se presenten las circunstancias descritas en los literales b y c del artículo 5º.

En cuanto a la segunda, esto es la exclusividad territorial consentida al franquiciado, que parece ser objeto de una censura mayor por parte de la Corte, la Comisión la autoriza afirmando que *«el otorgamiento de un territorio exclusivo a los franquiciados, combinado con la prohibición de buscar activamente clientes fuera de ese territorio [...] les permite concentrar sus esfuerzos en el territorio que les ha sido atribuido»* (considerando 9) y agrega que *«la protección territorial limitada consentida a los franquiciados es indispensable para proteger su inversión»* (considerando 10). Aquí deben ser permitidas, en criterio de la Comisión, las importaciones paralelas. La exención correspondiente está consagrada en los artículos 2º, literal a y 3º, numeral 1, literal c, dentro de los límites del artículo 5º, literal g.

Al autorizar las cláusulas de exclusividad de aprovisionamiento y de entrega, la Comisión reconoce implícitamente que la franquicia de distribución es bien un contrato de distribución, ganando la distribución, como estadio dentro de la circulación de la riqueza, en desarrollo, modernización y profesionalismo.

La franquicia como modo de promoción y de desarrollo empresarial. En varias ocasiones a lo largo de este estudio se ha reiterado que la franquicia, desde el punto de vista del franquiciante, es la repetición de su éxito industrial o comercial, y que desde el punto de vista del franquiciado es el instrumento para conquistar o acceder a un mercado beneficiándose de la experiencia, los conocimientos y del aludido éxito del franquiciante. El éxito comercial del franquiciante tiende a desbordar su propia estructura, máxime si dicho éxito es el resultado de estrategias industriales o comer-

ciales que pueden ser compartidas con otros. Así, conceder franquicias es permitir a otros empresarios lograr el éxito comercial que se ha conseguido y hacer parte de un circuito de franquicia es reiterar ese éxito. En este orden de ideas la franquicia es un modo de promoción y desarrollo empresarial; esto se hace más evidente cuando nos situamos en el lugar del franquiciado como empresa nueva que no se ha labrado una reputación, que no posee determinados conocimientos técnicos industriales o comerciales y por ende no tiene una clientela propia o ésta es muy incipiente.

El reglamento comunitario que estamos comentando, y ello es una innovación muy importante, tuvo el mérito de destacar a la franquicia como modo de promoción y desarrollo empresarial. En efecto, el artículo 5º precisa que: «La exención prevista en el artículo 1º no se aplica cuando las empresas que fabriquen productos o presten servicios idénticos o considerados como similares por los usuarios en razón de sus propiedades, de su precio y de su uso, celebren entre ellas contratos de franquicia relativos a esos productos o servicios». La excepción a la aplicación de la exención se encuentra plenamente justificada por cuanto se estaría utilizando la franquicia como fachada para esconder verdaderas prácticas monopolísticas; de admitirse este tipo de contratos entre empresas competidoras, ya instaladas en el mercado, estarían ellas restringiendo indebidamente la competencia en el sector de actividad concernido y, aun, desnaturalizando la franquicia misma. A este respecto resulta pertinente puntualizar que los únicos contratos de colaboración empresarial, concluidos entre dos empresas competidoras, ya instaladas en el mercado, que a pesar de implicar algunas restricciones a la libre competencia se benefician de otros tipos de exenciones, son los contratos de colaboración en investigación y desarrollo. El contrato de franquicia, insistimos, como modo de promoción y desarrollo empresarial no puede servir de escudo a prácticas monopolísticas o restrictivas en cualquier forma de la libre competencia.

B. FRANQUICIA Y LIBRE COMPETENCIA FRENTE A LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

EN COLOMBIA LA legislación sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas se encuentra, a nivel constitucional en los artículos 88 y 333 y, a nivel legal, fundamentalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, por desgracia existe una serie de normas dispersas sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia, dependiendo del sector económico del que se trate; es así como, por ejemplo, en el sector financiero, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contiene normas sobre la materia para dicho sector, cuyo control corresponde a la Superintendencia Bancaria; así mismo el Instituto Colombiano de Comercio Exterior –INCOMEX– conoce, entre otras, de las prácticas comerciales restrictivas del comercio internacional, en virtud de la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena¹⁵.

De hecho, un contrato de franquicia a ser ejecutado en Colombia, según la clase de productos o servicios que constituyan su objeto, puede verse sometido a la aplicación de diferentes conjuntos normativos de acuerdo con el sector económico

¹⁵ Para mayor información sobre prácticas comerciales restrictivas ver FERNANDO MONTÓYA M., *Op. Cit.*, pp. 130 y ss.

a que se refieran dichos productos o servicios. Puesto que no resulta pertinente analizar la franquicia frente a cada legislación especial que en materia de prácticas comerciales restrictivas se haya expedido, de acuerdo con el sector de actividad respectivo, y en la medida en que la Superintendencia de Industria y Comercio goza de una cláusula general de competencia para conocer de infracciones a las normas sobre promoción de la competencia, nos referiremos en un primer tiempo a la franquicia frente a la Ley 155 de 1959 y al Decreto 2153 de 1992; en un segundo tiempo es menester analizar el contrato de franquicia frente al control de cláusulas restrictivas efectuado por el INCOMEX y por la Superintendencia de Industria y Comercio, previo al registro del contrato en ambas entidades.

1. La franquicia frente a la Ley 155 de 1959 y al Decreto 2153 de 1992

La Ley 155 de 1959 y, de manera principal, el Decreto 2153 de 1992 constituyen el cuerpo de normas básico en materia de prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, cuya aplicación es del resorte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Dichas normas, por un lado, clasifican las mencionadas prácticas en acuerdos y actos contrarios a la libre competencia y, por otro, se refieren a los casos de abuso de posición dominante. La sistematización y tipificación de las conductas señaladas en los artículos correspondientes del Decreto 2153 de 1992 no se compadecen con un análisis metodológico coherente de la materia, pero no es del caso aquí proceder a un estudio crítico de esa normatividad. Siendo la franquicia un contrato, es necesario considerarla frente a los distintos casos de “acuerdos” contrarios a la libre competencia señalados en el artículo 47 del aludido decreto, sin perder de vista que determinadas conductas de las partes individualmente consideradas pueden infringir así mismo otras disposiciones.

Conocidos ya ampliamente los elementos del contrato de franquicia es menester considerar los eventos en los cuales aquéllos pueden ser censurados por la autoridad administrativa y los casos de exención, es decir, que a pesar de “atentar” contra la libre competencia podrían no ser objeto de sanción o prohibición alguna. Los desarrollos que siguen a continuación no dejan de tener un desagradable sabor especulativo dada la absoluta falta de jurisprudencia y doctrina administrativa sobre el artículo 47 mencionado.

a. Las cláusulas prohibidas

Los elementos del contrato de franquicia que se refieren al *know-how* y a la propiedad industrial o intelectual del franquiciante, es decir los esenciales, son en menor grado susceptibles de infringir las normas sobre promoción de la competencia; por lo tanto las cláusulas que los regulan, en principio, no deben ser prohibidas, entre otras razones por las expresadas en las decisiones de los órganos de la Comunidad Europea transcritas y comentadas anteriormente; así mismo, en Colombia esos elementos están protegidos legalmente por normas comunitarias (Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) y en derecho interno por normas de distinta naturaleza incluidas las de carácter penal, como se explicó en la primera parte de este estudio. No obstante, la franquicia industrial puede encontrarse concernida por las normas de competencia en cuanto a esos elementos esenciales, como se verá. En este orden de ideas serían fundamentalmente los acuerdos de exclusividad de aprovisionamiento y de entrega los que podrían estar comprendidos dentro de la lista

de aquéllos que son considerados como contrarios a la libre competencia frente al Decreto 2153 de 1992.

Sea lo primero precisar que la lista de acuerdos contrarios a la libre competencia enumerados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no es taxativa, a diferencia de lo que ocurre con otras prácticas restrictivas. En efecto, dicha disposición califica *per se* como contrarios a la libre competencia, “entre otros”, los siguientes tipos de acuerdos que nos proponemos analizar frente a la franquicia:

«1. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios*».

En efecto, todos los acuerdos, contratos, convenios, concertaciones, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre dos o más empresas¹⁶, verticales u horizontales, que tengan por objeto o como efecto la fijación de precios, deben ser considerados como restrictivos de la libre competencia; las empresas que por razón de su actividad o de su ramo de negocios están destinadas a llamar a una misma clientela deben competir principalmente a nivel de los precios ofrecidos de sus productos o servicios.

No obstante lo anterior, habida cuenta de la aparición de nuevas formas de contratación que se han venido tipificando, socialmente al menos, para responder a necesidades de producción y de distribución masiva de productos o servicios en los que, por sus características de calidad, se han involucrado conocimientos técnicos altamente desarrollados o se caracterizan por una imagen de marca muy sólida en el mercado, el análisis debe ser más sutil. En efecto, contratos tales como la concesión comercial (distribución selectiva), las licencias de *know-how*, de marca y de patente y, sobre todo, la franquicia, deben ser objeto de reglas más flexibles en lo que a prácticas comerciales restrictivas se refiere.

Con base en lo anterior nos parecen acertadas las soluciones propuestas por la jurisprudencia y la legislación europea estudiadas, en el sentido de autorizar respecto de la franquicia (y de otras figuras contractuales) la posibilidad de comunicar, aconsejar o recomendar precios indicativos de reventa al franquiciado, a condición que no haya entre franquiciante y franquiciado o entre estos últimos una práctica concertada con miras a la aplicación efectiva de esos precios. Por lo demás, la competencia entre los miembros del circuito se puede dar perfectamente en cuanto a calidad del servicio de postventa, atención al público, garantías adicionales al consumidor, facilidades de pago, etc.

«2. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros*».

Al crearse por la franquicia un circuito o red de producción o de distribución de bienes o servicios caracterizado por un mayor o menor grado de uniformidad en sus relaciones frente a terceros –consumidores o usuarios finales–, el contrato de franquicia no podría, al menos en teoría, determinar condiciones de venta o comercialización discriminatorias para con terceros, sino que sería más bien un instrumento idóneo para evitarlas o prevenirlas.

«3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores*».

Prima facie podría pensarse que la exclusividad de aprovisionamiento y de entrega pactadas entre franquiciante y franquiciado, cualquiera sea el tipo de franqui-

¹⁶ Definición que de “acuerdo” da el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, empleando el término “conscientemente” (sic).

cia, se encuentran concernidas por la disposición transcrita, en la medida en que efectivamente por un contrato de franquicia que contenga cláusulas en tal sentido se realiza entre las partes una repartición de mercados, como quedó establecido a propósito del tema en el derecho de la Comunidad Europea.

No obstante, para que al acuerdo o a la cláusula de exclusividad en el contrato de franquicia, independientemente de si tiene por objeto o como efecto la repartición de mercados, le sea aplicable el numeral 3 antes transcrito se requiere que haya sido concluido «entre productores o entre distribuidores», es decir, que se trate de acuerdos horizontales, a saber, pactados entre empresas que se encuentran en el mismo estadio dentro del circuito de circulación de la riqueza; dicho en otros términos, la aludida disposición censura los acuerdos celebrados entre productores o aquéllos celebrados entre distribuidores en los que se efectúe una repartición de mercados. Entendida en esa justa dimensión, la disposición se encuentra plenamente justificada por cuanto se refiere a las “cláusulas de no competencia”, a los pactos de producción entre industriales competidores, a los acuerdos de comercialización entre distribuidores o comerciantes (en sentido estricto), etc. Resulta necesario entonces referirnos por separado a la franquicia industrial o de fabricación, a la de distribución y a la de servicios.

En primer lugar en cuanto a la franquicia industrial, para determinar si se trata de un acuerdo horizontal o vertical, el contrato debe ser considerado desde el punto de vista de las relaciones que de él surgen entre franquiciante y franquiciado, con prescindencia de circunstancias tales como un objeto social más amplio de las sociedades franquiciante o franquiciada. En este tipo de franquicia la exclusividad que el franquiciado consiente al franquiciante versa de manera principal sobre la utilización de los elementos de clientela, es decir, el *know-how* y los elementos de propiedad industrial que el segundo pone exclusivamente a disposición del primero y que éste debe necesariamente aplicar únicamente en la elaboración de los productos franquiciados; por ende, dentro del contexto de la franquicia, quien tiene la calidad de productor es el franquiciado puesto que es él, en sus instalaciones, con su trabajo y con su personal, quien elabora productos terminados, aun cuando con la técnica y bajo las indicaciones del franquiciante. Con base en lo anterior, dicha exclusividad en la franquicia industrial no puede ser calificada de acuerdo horizontal, lo que, a este respecto, se traduce en la no aplicación del numeral 3 comentado.

Así mismo, en la franquicia industrial, como elemento accidental del contrato, el franquiciante puede beneficiarse de una exclusividad de aprovisionamiento de ciertos elementos que por sus características técnicas el franquiciado no está en capacidad de fabricar él mismo y por lo tanto debe normalmente recibirlos del primero. Por ser el franquiciante productor de esos elementos que el franquiciado incorpora en su proceso industrial y que lo convierten respecto de los mismos en distribuidor, el acuerdo entre franquiciante y franquiciado debe ser en consecuencia mirado como un acuerdo vertical, es decir, por fuera de los supuestos de aplicación del numeral 3 mencionado.

Ahora bien, a cambio de los dos tipos de exclusividades precedentes que el franquiciado concede al franquiciante, el primero se beneficia de otro tipo de exclusividad en virtud de la cual el franquiciante no puede licenciar los elementos de clientela —esenciales— a otros franquiciados ni disputarle en cualquier forma la clientela al franquiciado dentro de una zona geográfica determinada en el contrato. Este tipo de exclusividad, elemento accidental del contrato de franquicia, como se vio en su oportunidad, no es otra cosa que la explicación y la expresión de la garantía del

hecho personal del franquiciante en favor del franquiciado, consistente precisamente en que el franquiciante no debe disputarle al franquiciado su clientela puesto que, por definición, el poner a su disposición signos distintivos tiene por finalidad el permitirle constituir su propia clientela. Este punto ha suscitado controversia, pues hay quienes afirman que el contrato de franquicia no puede impedirle al franquiciante utilizar personalmente los signos distintivos que le pertenecen. Sobre este particular, acudiendo así al derecho comparado, tenemos que en Francia el Código de Deontología de la Federación Francesa de Franquicia prevé que «el franquiciante debe conducir el desarrollo de su circuito de puntos de venta franquiciados, de manera de no atentar contra las oportunidades de cada uno de éstos» (art. 3.1). Lo anterior ha conducido a la Corte de París a enunciar que el uso que el franquiciado hace de los elementos de propiedad industrial que el franquiciante ha puesto a su disposición debe ser hecho «de manera exclusiva». La exclusividad territorial que el franquiciante concede al franquiciado sobre los elementos de propiedad industrial es mirada por la casi totalidad de la doctrina europea como una cláusula mayor del contrato, lo que, de aceptarse en nuestro derecho, haría de ella un elemento esencial del contrato al decir del artículo 1501 del Código Civil (ver citas 2, 3, y 4).

Sin embargo, este tipo de exclusividad podría eventualmente ser mirada, en relación con el mercado relevante, como un acuerdo horizontal, puesto que franquiciante y franquiciado serían “productores”, luego susceptible de la aplicación del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. No obstante lo anterior, por nuestra parte creemos que la cláusula que consagra una exclusividad en tal sentido es válida por cuanto ella no apunta a la producción industrial del franquiciante en el territorio del franquiciado, sino a la comercialización de esa producción en ese territorio, lo que nos coloca en el terreno de la distribución y le confiere al acuerdo la categoría de vertical, haciendo inaplicable la disposición estudiada.

En segundo lugar, en la franquicia de distribución ni la exclusividad sobre los elementos esenciales *—know-how* y propiedad industrial—, ni la de aprovisionamiento y entrega estarían concernidas por el aludido numeral 3 en la medida en que por regla general se tratará de un acuerdo de tipo vertical, puesto que usualmente el franquiciante es un productor y el franquiciado es un distribuidor. No obstante, como sabemos, en la franquicia de distribución el franquiciante no necesariamente es un fabricante, pudiendo ser un “mayorista” o sencillamente encargando la fabricación a un tercero, lo que le confiere a éste la calidad de distribuidor y a la franquicia la categoría de acuerdo horizontal, luego susceptible de aplicación del referido numeral 3. Este análisis perdería credibilidad, desde un punto de vista económico, cuando el franquiciante mayorista incorpore a los productos franquiciados cualquier valor agregado, cambiando por ese hecho la naturaleza del acuerdo; puesto que generalmente en las franquicias de distribución, en donde el franquiciante no fabrica los productos franquiciados, los productos llevan la marca de éste, dicha marca constituye, en nuestro criterio, el principal valor agregado en la medida en que la clientela está indisolublemente asociada con la marca. Se trata pues de una marca de distribuidor, cuya licencia de uso al franquiciado es un elemento esencial del contrato.

Como corolario de lo dicho hasta aquí, es necesario precisar que, en los dos tipos de franquicia antes mencionados, la exclusividad de aprovisionamiento, y particularmente la de entrega en favor del franquiciado, está íntimamente ligada a la exclusividad sobre el uso de la marca; el puente de unión, el vínculo entre una y otra lo constituye el grado de difusión de la marca entre los consumidores. De hecho,

generalmente éstos compran movidos por las características de calidad, precio y servicio asociadas al producto y que ellos identifican con la marca; así, por un lado la celebración de un contrato de franquicia sólo se justifica cuando la marca goza de un muy alto grado de difusión entre los consumidores y, por otro lado, la exclusividad territorial concedida al franquiciado, tanto en la franquicia industrial como en la de distribución, no es sino la consecuencia lógica de la exclusividad del uso de la marca, es decir que, al menos en este tipo de contratos, cualquier clase de exclusividad que se pacte, más que referirse a “productos”, alude al uso de la marca.

En cuanto a las franquicias de servicios, la exclusividad recíproca concedida entre franquiciante y franquiciado versa sobre el *know-how* y los elementos de propiedad industrial únicamente, por lo que son pertinentes las mismas reflexiones que se han hecho precedentemente respecto de ese tipo de exclusividad en los otros tipos de franquicia. Aquí sólo resta precisar que la franquicia, por recaer sobre servicios inmateriales y no sobre productos, excluye la posibilidad de importaciones paralelas, por cuanto cualquier persona que preste esos mismos servicios identificados con la marca del franquiciante, sin tener legítimamente derecho a ello, incurriría en usurpación de marca (art. 236 C. P.).

Por último, es necesario relacionar el numeral 3 analizado con la desafortunada norma del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 «por la cual se dictan normas de competencia desleal»¹⁷ y cuyo tenor es el siguiente: «Pactos desleales de exclusividad.- Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales». La norma en comento pone de manifiesto la falta de rigor conceptual del legislador al confundir la competencia desleal con la libre competencia económica o promoción de la competencia, toda vez que invade los terrenos de la segunda, al incluir en una ley de competencia desleal un tema que es del resorte de las autoridades encargadas de velar, en aras de proteger el mercado y el interés general, por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Si bien la norma en comento fue concebida para los contratos de suministro, existe el riesgo que los jueces encargados de aplicarla la hagan extensiva, por analogía, a la franquicia y a los demás tipos de contratos, ya mencionados, que contengan cláusulas de exclusividad, versen éstas sobre elementos de clientela o sobre obligaciones de aprovisionamiento o entrega de productos, confiriéndoles la facultad de apreciar soberanamente si la cláusula de exclusividad *sub judice* tiene «por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios».

La costumbre mercantil inveterada de pactar cláusulas de exclusividad, con objeto y alcances muy variados, podrá ser cuestionada judicialmente por jueces y

¹⁷ La Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal traerá sin lugar a dudas innumerables dificultades de aplicación por parte de los jueces civiles y comerciales, comoquiera que no tiene el rigor conceptual de lo que se entiende por “competencia desleal” y lo que se entiende por “prácticas restrictivas de la libre

competencia”. La falta de ese rigor conceptual origina una serie de ambigüedades a lo largo de todo el texto de la ley, que, esperamos, sean al menos parcialmente corregidas en las reglamentaciones que al efecto expida el Gobierno. Ver Fernando Montoya M., *Op. Cit.*, pp. 106 y ss.

funcionarios, los cuales, al carecer de los estudios económicos que exige en cada caso particular la verificación de una indebida restricción de la competencia o el establecimiento de un monopolio, deberán, muy seguramente, apoyarse en los dictámenes o experticios técnicos de las autoridades administrativas. Lo anterior, máxime cuando la propia Ley 256 de 1996 sobre competencia desleal legitima a la Procuraduría General de la Nación para ejercitar las acciones por actos de competencia desleal, cuando con ellos se afecte «gravemente el interés público a la conservación de un orden económico de libre competencia» (art. 21 Ley 256/96). Así mismo, por la derogatoria que hace la misma Ley 256 de 1996 de los artículos 975 y 976 del Código de Comercio, debe concluirse que el límite de duración a diez años de toda cláusula de exclusividad, que hacía la segunda de las disposiciones derogadas, por esa misma razón desapareció y los empresarios podrán en lo sucesivo pactar plazos superiores.

«4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro».

Este numeral concierne fundamentalmente a las franquicias de producción o industriales y a las de distribución. En efecto, puede ocurrir, y de hecho ocurre en algunas latitudes, que en un contrato de franquicia y en otros contratos de distribución o de transferencia de tecnología se inserten cláusulas que limiten la producción (pensemos en la franquicia de fabricación) o la distribución (franquicia de distribución) a una determinada cantidad, con miras a mantener un nivel adecuado de los precios de los bienes o productos concernidos.

Cuando se presenta una negativa de venta entre comerciantes, el productor o distribuidor a quien se dirige el pedido puede rechazarlo argumentando una indisponibilidad del respectivo producto. Dicha indisponibilidad puede ser material o jurídica; en el primer caso, la negativa de venta se encuentra plenamente justificada. En el segundo, la indisponibilidad puede ser consecuencia de las cláusulas del contrato de franquicia; para el caso de las cláusulas de exclusividad de aprovisionamiento o de entrega nos remitimos a lo dicho a propósito de ellas; para el caso de pactos diferentes es menester analizar si éstos se refieren a las convenciones de que trata el numeral 4 estudiado, caso en el cual son ilícitas. Tanto normas de carácter nacional como supranacional prohíben en contratos de importación de tecnologías las cláusulas que limiten la producción, la distribución y en algunos casos la exportación de los productos fabricados con la tecnología que se importa y en ellos se incorpora.

En el caso de una franquicia internacional, cláusulas como las estudiadas serían igualmente ilícitas frente a las decisiones 285 y 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, así como frente al Decreto 0259 de 1992, la Resolución 51 del CONPES, la Ley 9ª de 1991 y la Resolución 21 del Banco de la República con sus respectivas modificaciones y complementos (éstas dos últimas denominadas Estatuto Cambiario). Sobre este tema volveremos más adelante, a propósito de la franquicia y las normas sobre importación de tecnología.

«5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos».

Este numeral concierne de manera principal a las franquicias de fabricación o industriales y, al igual que el anterior, concierne o guarda relación con las cláusulas de exclusividad. Con un alto grado de probabilidad se encontrarán en un contrato de franquicia de este tipo, al igual que en otras figuras contractuales que apunten al establecimiento de un proceso de producción, como la licencia de *know-how* o

la asistencia técnica, etc., cláusulas que limiten las fuentes de abastecimiento del franquiciado o licenciatario. Sin embargo resulta elemental reconocer que si por un contrato de transferencia de tecnología como la franquicia industrial se busca lograr que el receptor de la tecnología elabore productos con unos determinados estándares de calidad, el franquiciado o licenciatario no podrá incorporar a su proceso productivo insumos o materias primas que no reúnen las características requeridas o que van a traducirse en desmedro de la reputación de la marca y de la imagen del franquiciante o concedente. Por esta razón es frecuente que en el contrato se incluyan cláusulas que obligan al franquiciado o licenciatario a aprovisionarse de dichos insumos o materias primas frente al franquiciante o concedente o frente a la persona indicada por éste, máxime si el franquiciado debe incorporar en su proceso productivo, objeto del *know-how*, elementos respecto de los cuales no posee la tecnología para fabricarlos, o que gozan de una patente, o que por la alta tecnología involucrada sólo pueden ser suministrados por el franquiciante o por una determinada persona.

En efecto, todo parece indicar que la posición competitiva de una empresa depende ya no sólo de su capacidad interna sino también del tipo de relaciones que sea capaz de establecer con otras empresas y del alcance de tales relaciones. En este sentido, un contrato de franquicia de fabricación, aun conteniendo cláusulas del tipo analizado, debe ser mirado como parte de las complejas redes de «alianzas estratégicas y de economías de escala» que permiten a una empresa acceder a una tecnología probablemente del todo por fuera de su alcance y por ende le abre un horizonte muy amplio en la penetración de mercados que hasta ese momento le había sido vetado. Con fundamento en lo anterior algunas de las cláusulas del numeral 4 podrían estar exentas de acuerdo con el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 a pesar de su no muy afortunada redacción, como se verá.

Por lo demás este tipo de cláusulas guarda una íntima relación con cierto tipo de cláusulas de exclusividad analizadas y que fueron en alguna medida justificadas por la sentencia *Pronuptia* antes estudiada y autorizadas por el Reglamento (C. E. E.) 4087-88 de la Comisión de la Comunidad Europea de noviembre 30 de 1988, aun cuando esa jurisprudencia y esa reglamentación se refieran fundamentalmente a la franquicia de distribución, por lo que nos remitimos al análisis ya hecho sobre ese particular.

Es necesario sí esperar que la autoridad administrativa será muy cautelosa en censurar o autorizar cláusulas de este tipo, que, reiteramos, pueden obedecer a la dinámica propia de una franquicia de producción, o pueden, por el contrario, servir de velo a una verdadera restricción de la libre competencia. Será indispensable entonces analizar caso por caso los alcances, la necesidad y el propósito de cada cláusula que se refiera a limitaciones de abastecimiento de los franquiciados.

«6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos».

La franquicia de producción se puede encontrar concernida por la anterior disposición. No obstante, ella tiene precisamente por objeto el desarrollo tecnológico de la empresa del franquiciado; existe sin embargo la posibilidad de inclusión de cláusulas en virtud de las cuales las mejoras o progresos técnicos que alcance el franquiciado con ocasión del contrato deberán ser comunicados al franquiciante o serán de propiedad de éste. A pesar de la natural desconfianza que puede suscitar una cláusula de este estilo, su inclusión es normal y debe ser mirada como un pacto que busca preservar la unidad, la identidad y la disciplina

al interior del circuito de franquicia, toda vez que la uniformidad del mismo implica compartir los progresos técnicos con todos los miembros del sistema de franquicia y ofrecer a la clientela unos mismos productos o servicios, una similar atención, para lo cual es menester que todos los elementos de clientela de que dispone el franquiciante, vistos anteriormente, sean explotados de la manera más uniforme posible por todos los franquiciados y que constituyen el éxito del circuito de franquicia.

«7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones».

La franquicia, particularmente la industrial, como quedó visto, suele contener cláusulas con un contenido diametralmente opuesto al previsto en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 aquí analizado. En efecto, en lugar de subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, se subordina en algunas ocasiones la licencia del *know-how* y de los elementos de propiedad industrial al suministro de algunos elementos que, por el nivel de tecnología en ellos involucrado, el franquiciado no está en capacidad de producir él mismo o de proveerse por sus propios medios. Así mismo, debe precisarse que esta obligación adicional del franquiciado constituye por su naturaleza objeto del contrato de franquicia, como lo hemos señalado en varias oportunidades.

«8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción».

En la franquicia de producción puede pactarse que el franquiciado se abstendrá de producir un bien, el cual, dadas sus características técnicas o la tecnología involucrada, debe ser forzosamente proveído por el franquiciante o por la persona que éste le señale. Esta cláusula, que no es otra que la indicada en el numeral anterior, se encuentra plenamente justificada toda vez que, de admitirse que el franquiciado pueda incorporar en su proceso productivo elementos que no reúnen los estándares de calidad de la marca y del *know-how* del franquiciante, se estaría rompiendo la identidad del circuito, menoscabando la reputación de la marca y, de manera general, desnaturalizando la propia razón de ser de la franquicia industrial.

En cuanto a la posibilidad de afectar los niveles de producción del franquiciado, en este mismo tipo de franquicia, no es frecuente la inclusión de cláusulas con estos alcances; no obstante, si ello llegare a ocurrir, la cláusula que así lo estipule no es esencial a los fines de la franquicia, por lo que sería ilegal a la luz del numeral 8 analizado; y

«9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas».

En las franquicias internacionales serán prácticamente nulas las posibilidades de colusión entre franquiciante y franquiciado en la contratación administrativa, en razón de la exclusividad territorial concedida al franquiciado. Si existen varios franquiciados o tratándose de franquicias nacionales el riesgo de colusión se presenta; de establecerse ésta, debe ser sancionada de conformidad con lo establecido en el numeral 9 estudiado.

b. Los casos de exención

En materia de prácticas comerciales restrictivas se pueden establecer claramente dos tipos de exenciones o excepciones, es decir, que no obstante la conducta, la práctica o el acuerdo ser considerado como contrario a las normas de libre competencia económica, puede no dar lugar a las sanciones que la propia ley establece. Por un lado el Decreto 2153 de 1992 estableció tres casos de excepción y, por otro, la Ley 155 de 1959 consagra tipos de excepciones más amplios.

Artículo 49 del Decreto 2153 de 1992. El artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 reza así: «Excepciones.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

«1.- Las que tengan por objeto la cooperación de investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.

«2.- Los acuerdos sobre cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

«3.- Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes».

La franquicia pareciera, en principio, no estar concernida por ninguno de los casos de excepción de la norma antes transcrita.

En efecto, el numeral 1 se refiere a los llamados «acuerdos para colaborar en investigación y desarrollo», es decir aquéllos que celebran empresas, generalmente competidoras, con el fin de adquirir tecnologías nuevas, acceder a los conocimientos complementarios que se requieren para lanzar un producto nuevo e introducirse con éxito en mercados extranjeros. Estos acuerdos son un mecanismo de intercambio de tecnología, forman parte de las complejas redes de “alianzas estratégicas” para el intercambio de información en una fase precompetitiva o competitiva y pueden incluir una cooperación para fabricar, patentar, distribuir o comercializar los resultados de las actividades comunes de investigación. Las partes en un acuerdo de investigación y desarrollo son a la vez receptoras y proveedoras de tecnología, con lo cual se institucionaliza contractualmente la reciprocidad en el intercambio mutuo de información que les permita combinar las tecnologías necesarias para desarrollar un producto o un procedimiento nuevo. Estas características diferencian a los acuerdos en investigación y desarrollo de otras figuras contractuales tales como las “empresas conjuntas”, las “nuevas formas de inversión exterior”, los “contratos llave en mano” y particularmente la franquicia, por cuanto estos contratos se refieren a tecnología demostrada o existente, o implican una transferencia unilateral de tecnología; si bien algunos de los elementos característicos de los acuerdos en investigación y desarrollo se encuentran en la franquicia, particularmente en la industrial, hay otros que determinan una identidad jurídica específica en cada una de esas figuras contractuales.

Por estas razones la excepción de que trata el numeral 1 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 no es aplicable a los contratos de franquicia.

El numeral 2 del artículo 49 se refiere igualmente a cierta categoría de acuerdos horizontales, concluidos entre industriales competidores dentro de un sector específico, en virtud de los cuales se adquiere el compromiso mutuo de ajustar sus respectivos procesos productivos a normas técnicas colombianas, internacionales o extranjeras, no adoptadas como normas técnicas colombianas

oficiales obligatorias por el Consejo Nacional de Normas y Calidades cuya composición y funcionamiento se encuentran en los Decretos 2152 de 1992 y 2269 de 1993.

Dicho en otros términos, a través de este tipo de acuerdos dos o más industriales de un sector económico determinado se comprometen a ajustar sus procesos productivos a estándares de calidad superiores a los establecidos en las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias, lo que se debe traducir, en principio, en una mejora de la calidad de los bienes o servicios concernidos, lo cual, a su vez, redundará en beneficio de los consumidores.

La franquicia industrial implicará seguramente en el contrato respectivo cláusulas relativas al cumplimiento de normas técnicas, las cuales deben ser analizadas a la luz de esta disposición; sin embargo, creemos, en principio, que la franquicia debe ser considerada un acuerdo de tipo vertical, cuya esencia no es el cumplimiento de normas técnicas, sino transmitir unos conocimientos técnicos industriales que deben arrojar como resultado la producción de bienes sometidos al cumplimiento de las normas técnicas colombianas oficiales obligatorias y cuya responsabilidad compete al franquiciado.

Por último el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 es el que ofrece mayores dificultades de interpretación, en lo que se refiere a “facilidades comunes”, toda vez que son muchas las figuras contractuales que establecen “facilidades comunes” que benefician a quienes forman parte del contrato. Es el caso de los acuerdos en investigación y desarrollo, respecto de los cuales se aplica el numeral 1, como quedó enunciado; podrá ser el caso de la franquicia, comoquiera que franquiciante y franquiciados integran un circuito o sistema caracterizado por la uniformidad de explotación, la disciplina de grupo y la aplicación y disfrute de unos elementos y facilidades que el franquiciante ha puesto a disposición de los franquiciados. Resta esperar que se elabore la doctrina administrativa correspondiente sobre los alcances de esta excepción.

Parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959. Dado que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 cita como contrarios a la libre competencia, “entre otros”, los tipos de acuerdos enunciados en los numerales estudiados anteriormente, existe la posibilidad que la autoridad administrativa establezca, con fundamento en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, otras categorías de acuerdos considerados como restrictivos de la libre competencia. Sería recomendable, por demás, que se aprovechara la posibilidad que ofrece el parágrafo de dicho artículo para que el Gobierno expidiera exenciones por categorías con el objeto de «autorizar la celebración de acuerdos o convenios que, no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general»; desde la fecha de expedición de la Ley 155 de 1959 dicha facultad del Gobierno para establecer exenciones por categorías, a la manera del derecho europeo de la libre competencia, jamás ha sido ejercida. La franquicia sería sin duda una de las categorías de contratos que se beneficiarían de un régimen especial, de manera similar a la utilizada en el derecho de la Unión Europea, visto anteriormente.

El Decreto 1302 de 1964 en su artículo 1° reglamentó el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 en los siguientes términos: «Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considéranse sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro impor-

tancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

«a) El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;

«b) La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros»¹⁸.

El único antecedente conocido de aplicación de la disposición antes transcrita es de reciente ocurrencia. En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante providencia de junio 2 de 1995 dispuso no abrir investigación administrativa por violación a las normas sobre promoción de la competencia en que se habría incurrido por la celebración del denominado Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción Nacional de Aceite de Palma Africana.

Como puede apreciarse la franquicia no ha sido objeto ni de reglamentación ni de decisión alguna que permita saber con precisión qué normas sobre promoción de la competencia le conciernen y cuáles serían las cláusulas autorizadas o exceptuadas.

2. La franquicia frente al control de cláusulas restrictivas efectuado por el INCOMEX

Al finalizar la parte primera de este estudio nos referimos al registro a que están sometidas las franquicias internacionales ante el INCOMEX, por tratarse de contratos relativos a la importación de tecnología, sin perjuicio del registro ante la Superintendencia de Industria y Comercio por el licenciamiento de elementos de propiedad industrial. Nos interesa aquí ver más de cerca las disposiciones por las cuales el INCOMEX podría rehusar el registro de un contrato de franquicia; sabemos ya también que el marco normativo de las funciones del INCOMEX sobre este particular lo constituyen la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y su Decreto Reglamentario 0259 de 1992.

Según los términos de la segunda de las disposiciones mencionadas, el registro de un contrato de franquicia es automático (par. art. 1°); no obstante, el INCOMEX no registrará los contratos relativos a importación de tecnología que contengan cláusulas conforme a las cuales la empresa vendedora de tecnología o concedente del uso de una marca se reserve el derecho de fijar los precios de venta o reventa de los productos que se elaboren con base en la tecnología licenciada y aquellas que obliguen al receptor de la tecnología a transferir al concedente los inventos o mejoras que se obtengan en virtud del uso de dicha tecnología (par. 1 art. 2°); así mismo no podrán ser objeto de registro aquellos contratos de franquicia que contengan cláusulas que prohíban o limiten de cualquier manera la exportación de los productos elaborados con base en el *know-how* transmitido por el franquiciante o que prohíban o limiten el intercambio subregional o la exportación de productos similares a terceros países (par. 2 art. 2°)¹⁹.

¹⁸ Ver comentarios al artículo 1° del Decreto 1302 de 1964 en FERNANDO MONTOYA M., *Op. Cit.*, p. 140.

¹⁹ Ver FERNANDO MONTOYA, *Op. Cit.*, p. 155.

Las citadas disposiciones hacen referencia a ciertos tipos de cláusulas ya estudiadas a propósito de las normas sobre promoción de la competencia, razón por la cual son procedentes los mismos comentarios hechos sobre ese particular. Cabe resaltar el análisis juicioso que efectúa el INCOMEX previo al registro de esa categoría de contratos, el cual se encuentra en armonía con una política de apertura y la realidad de globalización de mercados, así como con principios fundamentales tales como la libertad de industria y comercio, la autonomía de la voluntad, todo lo cual debe redundar en estímulos a la inversión extranjera y a la tecnificación de la industria colombiana, haciéndola más competitiva.

ANEXO N° 1

CORTE DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD EUROPEA
Enero 28 de 1986
Presidencia de M. Mackenzie Stuart

1) CONTRATOS Y OBLIGACIONES.-
CONTRATO DE FRANQUICIA.- INCOM-
PATIBILIDAD DE LOS CONTRATOS DE
FRANQUICIA CON EL ARTICULO 85
DEL TRATADO DE ROMA (NO).

2) COMUNIDAD EUROPEA.- POLI-
TICA DE LA COMUNIDAD EUROPEA.-
OLIGOPOLIOS Y POSICIONES DOMI-
NANTES.- CONTRATOS.- CONTRATO
DE FRANQUICIA.- COMPATIBILIDAD
CON EL ARTICULO 85 DEL TRATADO
DE ROMA.

1) La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 85 (num. 1) se analiza en función de las cláusulas que contienen esos contratos y del contexto económico en el cual ellos se insertan.

2) Las cláusulas de un contrato de franquicia que son indispensables para impedir que el saber-hacer (*know-how*) transmitido y la asistencia aportada por el franquiciante sean aprovechadas por competidores no constituyen restricciones de la libre competencia en el sentido del artículo 85 (num. 1). Las cláusulas que organizan el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación del circuito, simbolizado por la enseña, no constituyen tampoco, restricciones de la libre competencia en el sentido del artículo 85 (num. 1).

Las cláusulas que realizan una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciados o entre los franquiciados constituyen restricciones de la libre competencia en el sentido del artículo 85 (num. 1).

El hecho del franquiciante de comunicar al franquiciado precios indicativos no es constitutivo de una restricción de la libre competencia, a condición que no haya entre el franquiciante y los franquiciados o entre los franquiciados una práctica concertada con miras a la aplicación efectiva de esos precios.

Los contratos de franquicia de distribución que contienen cláusulas que efectúan una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciados o entre franquiciados son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros.

PRONUPTIA

La Corte.- En derecho:

1) Por ordenanza de mayo 15 de 1984, allegada a la Corte el 25 de junio siguiente, el *Bundesgerichtshof* formuló, en virtud del artículo 177 del Tratado C. E. E., varias preguntas relativas a la interpretación del artículo 85 del Tratado C. E. E. y del Reglamento 67/67 de marzo 22 de 1967 de la Comisión, concerniente a la aplicación del artículo 83 numeral 3 a categorías de acuerdos de exclusividad (*Diario Oficial* 1967.849), a fin de que sea examinado si esas disposiciones son aplicables a los contratos de franquicia.

2) Esas preguntas fueron planteadas dentro del marco de un litigio entre la sociedad Pronuptia de París GmbH de Francfort del Meno (en adelante el franquiciante), filial de una sociedad francesa del mismo nombre, y la señora Schillgalis de Hamburgo que explota un comercio bajo el nombre de Pronuptia de París (en adelante el franquiciado), litigio relativo a la obligación del franquiciado de pagar al franquiciante regalías respecto de ingresos calculados sobre su cifra de negocios de los años 1978 a 1980.

3) La sociedad matriz francesa del franquiciante distribuye bajo la marca "Pronuptia de París" trajes de novia y otros vestidos para matrimonio. En la República Federal de Alemania, la distribución de esos productos está asegurada, bien en almacenes explotados directamente por su filial, o

bien por almacenes pertenecientes a minoristas independientes que están ligados a ella por contratos de franquicia concluidos en su nombre por la filial, quien actúa a un mismo tiempo en su nombre propio.

4) A través de tres contratos firmados el 24 de febrero de 1980, el franquiciado obtuvo una franquicia para tres zonas distintas, las de: Hamburgo, Oldenburgo y Hannover. Esos tres contratos fueron redactados en términos prácticamente idénticos. Ellos contienen más precisamente las siguientes disposiciones:

5) El franquiciante:

- concede al franquiciado, para un cierto territorio delimitado en un mapa anexo al contrato, el derecho exclusivo a la utilización del signo Pronuptia de París con miras a la venta de sus productos y de sus servicios, así como el derecho de hacer publicidad en ese territorio;

- se compromete a no abrir ningún otro almacén Pronuptia dentro del territorio en cuestión y a no suministrar ningún producto o servicio a terceros en ese territorio;

- se compromete a prestar asistencia al franquiciado en lo que concierne los aspectos comerciales y publicitarios de su comercio, la organización y decoración de su almacén la formación del personal, las técnicas de venta, la moda y los productos, la compra, el mercado y, de manera general, para todo lo que, según su experiencia, pueda contribuir a mejorar la cifra de negocios y la rentabilidad del comercio del franquiciado;

6) El franquiciado, quien continúa siendo el único propietario de su establecimiento de comercio y por lo tanto asume los riesgos, se obliga a:

- no vender las mercancías utilizando el nombre comercial y la marca Pronuptia de París sino en el almacén especificado en el contrato, el cual deberá estar organizado y decorado principalmente para la venta de artículos de matrimonio, según las indicaciones del franquiciante, con el fin de resaltar la imagen de marca de la cadena de distribución Pronuptia y no puede ser transferido a otro lugar o transformado sino previo consentimiento del franquiciante;

- comprar al franquiciante el 80% de los trajes y accesorios de matrimonio, así

como una proporción a ser determinada por el franquiciante de trajes de coctel y de recepción y, en cuanto a lo demás, a no provisionarse sino con proveedores aprobados por el franquiciante;

- pagar al franquiciante, en contrapartida de las ventajas consentidas, un derecho de entrada único al territorio contractual de 15.000.00 marcos alemanes y, durante todo el término de duración del contrato, una regalía igual al 10% del conjunto de la cifra de negocios efectuada por la venta de productos Pronuptia o de cualesquiera otras mercancías, pero los trajes de ceremonia comprados a otros proveedores distintos de Pronuptia no dan lugar sin embargo al pago de esa regalía;

- considerar, sin perjuicio de su libertad de fijar él mismo sus precios de reventa, aquellos propuestos por el franquiciante como recomendaciones para la reventa;

- no llevar la publicidad en el territorio concedido sino con el consentimiento del franquiciante y, en cualquier hipótesis, ajustar esta publicidad con aquella efectuada en el plano internacional y nacional por el franquiciante, así como difundir de la manera más concienzuda posible los catálogos y los otros soportes publicitarios suministrados por el franquiciante y, de manera general, aplicar los métodos comerciales que le han sido comunicados por el franquiciante;

- asignarse como objetivo principal la venta de artículos de matrimonio;

- abstenerse de todo acto de competencia con la actividad de Pronuptia y en particular no abrir un establecimiento de comercio con objeto idéntico o similar a aquel ejercido dentro del marco del contrato, ni participar, directa o indirectamente, en tal actividad dentro del territorio de la República Federal de Alemania, comprendida Berlín (occidental), o en un territorio en donde Pronuptia esté representada de cualquier manera, durante el término del contrato y un período adicional de un año al finalizar éste;

- no ceder a terceros los derechos y obligaciones resultantes del contrato ni su establecimiento de comercio sin el acuerdo previo del franquiciante, siendo entendido que éste dará su consentimiento si la cesión

procede por razones de salud y si el nuevo contratante prueba su solvencia y que no hace bajo ninguna forma competencia al franquiciante.

7) Condenado en primera instancia al pago de 158.502.00 marcos a título de regalías sobre su cifra de negocios de los años 1978 a 1980, el franquiciado interpuso recurso de apelación contra esa decisión ante el *Oberlandesgericht* de Francfort del Meno, haciendo valer, para escapar al pago de esas regalías, que los contratos en causa violaban el artículo 85 numeral 1 del Tratado y no se beneficiaban de la exención por categorías concedida a los acuerdos de exclusividad por el Reglamento 67/67 precitado de la Comisión. Por sentencia de diciembre 2 de 1982, el *Oberlandesgericht* dio razón a la argumentación del franquiciado. El juzgó que los compromisos de exclusividad recíprocos constituyen restricciones de la competencia al interior del mercado común, al no poder el franquiciante aprovisionar a ningún otro comerciante en el territorio protegido por el contrato y al no poder el franquiciado comprar y revender otras mercancías provenientes de otros Estados Miembros sino de manera limitada. No beneficiando de una exención en los términos del artículo 85 numeral 3, esos contratos deben, según él, ser considerados como nulos en virtud del artículo 85 numeral 2. Bajo la relación de exención el *Oberlandesgericht* estimó en particular que no era necesario para él decidir si los contratos de franquicia están excluidos por principio del campo de aplicación del Reglamento 67/67 de la Comisión citado. En efecto, según el *Oberlandesgericht*, los contratos en causa comportan en cualquier hipótesis compromisos que van más allá de aquellos descritos en el artículo 1° de ese Reglamento y son constitutivos de restricciones de la libre competencia no cubiertos por el artículo 2°.

8) El franquiciante presentó contra esta sentencia un recurso especial de revisión ante el *Bundesgerichtshof*, concluyendo en el mantenimiento de la sentencia proferida en primera instancia. El *Bundesgerichtshof* estimó que la decisión a ser tomada respecto del recurso especial de revisión dependía de la interpretación del derecho comunita-

rio. En consecuencia solicitó a la Corte responder a título prejudicial sobre las siguientes preguntas:

1. ¿El artículo 85 numeral 1 del Tratado C. E. E. es aplicable a los contratos de franquicia, tales como los contratos celebrados entre las partes en litigio, los cuales tienen por objeto la aplicación de un sistema de distribución particular en el cual el franquiciante cede al franquiciado no solamente mercancías, sino también el nombre comercial, la marca, marcas no registradas de ciertas mercancías y otras prestaciones de servicios?

2. ¿En caso de respuesta afirmativa a la pregunta N° 1, el Reglamento 67/67 C. E. E. de marzo 22 de 1967 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 85 numeral 3 del Tratado a categorías de acuerdos de exclusividad, es aplicable a tales contratos?

3. En caso de respuesta afirmativa a la pregunta N° 2:

– a) ¿El Reglamento de exención por categorías es igualmente aplicable en el caso de participación en una misma posición contractual de varias empresas jurídicamente autónomas pero económicamente ligadas entre ellas, que forman respecto del contrato una entidad económica?

– b) ¿El Reglamento de exención por categorías, particularmente su artículo 2°, numeral 1, literal c comprende la obligación del franquiciado de no hacer publicidad sino previa aprobación del franquiciante, de acuerdo con la publicidad de éste y utilizando el material publicitario puesto a su disposición por el franquiciante y, en general, aplicar los métodos comerciales del franquiciante? ¿El hecho que el material publicitario del franquiciante mencione precios indicativos es importante en ese contexto?

– c) ¿El reglamento de exención por categorías, especialmente en sus artículos 1° numeral 1 literal b, 2° numeral 1 literal a y 2° numeral 2 literal b, comprende la obligación del franquiciado de distribuir los productos indicados en el contrato exclusivamente o al menos en mayor parte en un local comercial preciso, especialmente organizado para este efecto?

– d) ¿El Reglamento de exención por categorías, particularmente su artículo 1°

numeral 1 literal b, comprende el compromiso del franquiciado, obligado principalmente a aprovisionarse exclusivamente del franquiciante, de no surtirse de la parte "libre" con los productos indicados en el contrato sino a través de proveedores autorizados por el franquiciante?

– e) ¿El Reglamento de exención por categorías admite la obligación del franquiciante de sostener al franquiciado en materia comercial, publicitaria y profesional?

Sobre la primera pregunta

9) La sociedad Pronuptia de París GmbH de Francfort del Meno, el franquiciante, señaló que un sistema de contratos de franquicia permite combinar las ventajas de una forma de distribución que se presenta de una manera homogénea frente al exterior (tales las filiales), con la distribución a través de revendedores independientes los cuales asumen ellos mismos el riesgo de la venta. Constituye un circuito de acuerdos verticales que apuntan a garantizar la presentación uniforme frente al exterior, sistema de contratos que reforzaría la capacidad competitiva del franquiciante en el plano horizontal, es decir, en relación con otras formas de distribución. Dicho sistema haría posible, para una empresa que no disponga de otra manera de los medios financieros necesarios, el establecimiento de un circuito de distribución suprarregional, circuito en el cual participarían en calidad de franquiciados empresas pequeñas cuya autonomía estaría preservada. En relación con esas ventajas el artículo 85 numeral 1 no se aplicaría cuando los contratos de franquicia no impliquen restricciones a la libertad de las partes contratantes que sobrepasen aquéllas que resultan de la naturaleza de un sistema de franquicia. Las obligaciones exclusivas de entrega y de aprovisionamiento, en la medida en que ellas apuntan a asegurar una producción uniforme, unas obligaciones y publicidad homogénea y una organización uniforme de los locales comerciales así como la prohibición de vender en otros almacenes mercancías entregadas dentro del marco del contrato, serían inherentes a la naturaleza misma del con-

trato de franquicia y escaparían a la aplicación del artículo 85 numeral 1;

10) La señora Schillgalis, el franquiciado, sugiere responder por la afirmativa a la pregunta planteada. Los contratos litigiosos se caracterizarían por la protección territorial concedida al franquiciado. Ellos no podrían ser asimilados a contratos concluidos con representantes de comercio, habida cuenta que, a diferencia de estos últimos, los franquiciados actúan en su propio nombre y por su propia cuenta y asumen los riesgos de la venta. El sistema del contrato de franquicia en causa implicaría restricciones sensibles a la libre competencia teniendo en cuenta el hecho que Pronuptia es, como ella misma se proclama, el líder mundial francés en trajes y accesorios para matrimonio.

11) El Gobierno francés expone, por su parte, que el artículo 85 numeral 1 es susceptible de aplicarse a los contratos de franquicia, los cuales son acuerdos relativos a la distribución de un producto concluidos por negociantes independientes, pero podría no aplicárseles necesariamente, habida cuenta de los aspectos positivos de esos contratos.

12) La Comisión subraya que el campo de aplicación del artículo 85 numeral 1 no está limitado a ciertos tipos de contratos de donde deduce que cuando sus condiciones están reunidas el artículo 85 numeral 1 se aplica igualmente a contratos que, además de la entrega de mercancías, tienen por objeto la cesión de un nombre comercial y de una marca registrada o no de productos, así como la prestación de servicios.

13) Hay lugar a anotar en primer lugar que los contratos de franquicia, cuya legalidad no ha sido hasta ahora sometida al examen de la Corte, son de una gran diversidad. Resulta de los debates efectuados ante la Corte que es necesario distinguir diferentes especies de contratos de franquicia y, particularmente, los contratos de franquicia de servicio, en virtud de los cuales el franquiciado ofrece un servicio bajo la enseña, el nombre comercial y aun la marca del franquiciante conformándose a seguir las directrices de este último; los contratos de franquicia de producción, en virtud de los cuales el franquiciado fabrica él mismo,

según las indicaciones del franquiciante, productos que él vende con la marca de éste; y en fin, los contratos de franquicia de distribución, en virtud de los cuales el franquiciado se limita a vender ciertos productos en un almacén que lleva la enseña del franquiciante. La Corte no se pronunciará sino sobre esta tercera especie de contratos a la cual se refiere expresamente la pregunta de la jurisdicción nacional.

14) Es necesario observar en seguida que la compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 85 numeral 1 no puede ser apreciada de manera abstracta sino que ella es analizada en función de las cláusulas contenidas en esos contratos. Para hacer de su respuesta algo plenamente útil a la jurisdicción nacional, la Corte considerará contratos que tengan un contenido tal como aquel que ha sido descrito anteriormente.

15) En un sistema de franquicias de distribución como aquél, una empresa que se ha instalado en un mercado como distribuidor y que ha podido así perfeccionar un conjunto de métodos comerciales, concede, mediando remuneración, a comerciantes independientes la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando su enseña y los métodos comerciales que han hecho su éxito. Más que un modo de distribución se trata de una manera de explotar financieramente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos. Por otra parte ese sistema abre a comerciantes, desprovistos de la experiencia necesarias el acceso a métodos que no habrían podido adquirir sino después de largos esfuerzos de investigación y los hace aprovecharse de la reputación de un signo. Los contratos de franquicia de distribución se diferencian en eso de los contratos de concesión de venta o de aquéllos que vinculan a revendedores autorizados en un sistema de distribución selectiva, los cuales no implican la utilización de una misma enseña ni la aplicación de métodos comerciales uniformes, ni el pago de regalías en contrapartida de ventajas consentidas. Tal sistema, que permite al franquiciante sacar partido de sus logros, no atenta en sí contra la libre competencia. Para que él pueda funcionar una doble condición debe ser cumplida.

16) Primeramente, el franquiciante debe poder comunicar a los franquiciados su saber-hacer (*know-how*) y aportarles la asistencia requerida para ponerlos en capacidad de aplicar sus métodos, sin correr el riesgo de que esos conocimientos sean aprovechados, aun cuando fuera indirectamente, por sus competidores. De lo anterior resulta que las cláusulas que son indispensables para prevenir ese riesgo no constituyen restricciones de la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1. Lo mismo resulta de la prohibición hecha al franquiciado durante el término del contrato, o durante un período razonable después de la expiración de éste, de abrir un almacén con objeto idéntico o similar, en una zona en donde podría entrar en competencia con uno de los miembros del circuito. Lo mismo ocurre respecto de la obligación impuesta al franquiciado de no ceder su establecimiento de comercio sin el acuerdo previo del franquiciante: esta cláusula tiende a evitar que el beneficio del *know-how* transmitido y la asistencia aportada vayan indirectamente a un competidor.

17) En segundo lugar, el franquiciante debe poder tomar las medidas propias para preservar la identidad y la reputación del circuito, el cual está simbolizado en la enseña. De ahí se infiere que las cláusulas que organizan el control indispensable a este fin no constituyen tampoco restricciones a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1.

18) Lo mismo ocurre, en primer lugar, respecto de la obligación del franquiciado de aplicar los métodos comerciales perfeccionados por el franquiciante y de utilizar el *know-how* transmitido.

19) Tal es el caso una vez más, de la obligación del franquiciado de no vender las mercancías señaladas en el contrato sino en un local organizado y decorado según las instrucciones del franquiciante, la cual tiene por objeto garantizar una presentación uniforme que responda a ciertas exigencias. Las mismas exigencias se aplican a la ubicación del almacén cuya escogencia tiende igualmente a influenciar la reputación del circuito. Así se explica que el franquiciado no pueda transferir su almacén a otro lugar sin el asentimiento del franquiciante.

20) La prohibición para el franquiciado de ceder los derechos y las obligaciones resultantes del contrato sin el acuerdo del franquiciante salvaguarda el derecho de éste de escoger libremente a los franquiciados, cuyas cualidades profesionales son una condición para establecer y preservar la reputación del circuito.

21) Gracias al control ejercido por el franquiciante sobre el conjunto de mercancías ofrecido por el franquiciado, el público podrá encontrar en el establecimiento de cada franquiciado mercancías de la misma calidad. Puede ser impracticable en algunos casos, como en el dominio de los artículos de moda, formular especificaciones de calidad objetivas. Velar por el respeto de esas especificaciones puede igualmente, en razón del gran número de franquiciados, implicar un costo muy elevado. Una cláusula que prescriba al franquiciado no vender sino productos provenientes del franquiciante o de proveedores seleccionados por él debe, en tales condiciones, ser considerada como necesaria para la protección de la reputación del circuito. Dicha cláusula no puede sin embargo llegar hasta impedir al franquiciado proveerse de esos productos en el establecimiento de otros franquiciados.

22) En fin, como la publicidad contribuye a determinar la imagen que tiene el público del signo que simboliza al circuito, la cláusula que subordina toda publicidad del franquiciado al asentimiento del franquiciante es igualmente indispensable para la preservación de la identidad del circuito, a condición que ella sólo se refiera a la naturaleza de tal publicidad.

23) Conviene en cambio subrayar que, lejos de ser necesarias a la protección del *know-how* transmitido o a la preservación de la identidad y de la reputación del circuito, ciertas cláusulas restringen la libre competencia entre los miembros de éste. Tal es el caso de las cláusulas que realizan una repartición de los mercados entre franquiciante y franquiciados o entre franquiciados, o que impidan a éstos entregarse a una competencia de precios entre ellos.

24) Es importante a este respecto llamar la atención de la jurisdicción nacional sobre la cláusula que obliga al fran-

quiciado a no vender las mercancías concernidas en el contrato sino a partir de un local designado en el mismo. Esta cláusula prohíbe al franquiciado abrir un segundo almacén. Sus alcances reales aparecen si se la pone en relación con el compromiso que adquiere el franquiciante respecto del franquiciado de asegurarle en un cierto territorio la exclusividad de la utilización del signo concedido. Para respetar la promesa hecha así a un franquiciado, el franquiciante debe no solamente obligarse a no establecerse él mismo en ese territorio sino, aún más, exigir a los otros franquiciados el compromiso de no abrir otro almacén fuera del suyo. La yuxtaposición de cláusulas de este tipo da como resultado un cierto reparto de mercados entre el franquiciante y los franquiciados o entre estos últimos y restringe así la libre competencia al interior del circuito. Tal como resulta de la sentencia de julio 13 de 1966 (Consten y Grundig contra Comisión, 56 y 58/64, Rec. p. 429), ese tipo de restricción constituye una limitación de la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1, en la medida en que concierna un signo muy difundido. Es ciertamente posible que un candidato a franquiciado no tomaría el riesgo de integrarse a la cadena, procediendo a hacer una inversión propia, pagando un derecho de entrada relativamente elevado y comprometiéndose a pagar una regalía anual importante, si no pudiera esperar que su comercio sea rentable, gracias a una cierta protección contra la competencia del franquiciante y de los otros franquiciados. Esta consideración sólo puede ser tenida en cuenta, sin embargo, dentro del marco del examen eventual del acuerdo desde el punto de vista de las condiciones del artículo 85 numeral 3.

25) Si cláusulas que atentan contra la facultad del franquiciado de determinar sus precios con toda libertad son restrictivas de la libre competencia, no se puede decir lo mismo del hecho que el franquiciante comunique precios indicativos a los franquiciados, a condición sin embargo que no haya entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos una práctica concertada con miras a la aplicación efectiva de

esos precios. Pertenece a la jurisdicción nacional verificar el cumplimiento de esta condición.

26) En fin, es necesario precisar que los contratos de franquicia de distribución que contienen cláusulas que realizan una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos son susceptibles en cualquier hipótesis de afectar el comercio entre los Estados Miembros, aun cuando dichos contratos sean concluidos en el mismo Estado Miembro, en la medida en que ellos impidan a los franquiciados establecerse en otro Estado Miembro.

27) Habida cuenta de las consideraciones que preceden, hay lugar a responder a la primera pregunta de la siguiente manera:

1. La compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 85 numeral 1 se analiza en función de las cláusulas que contienen esos contratos y del contexto económico en el cual ellos se insertan;

2. Las cláusulas indispensables para impedir que el *know-how* transmitido y la asistencia aportada por el franquiciante sean aprovechadas por competidores no constituyen restricciones a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1;

3. Las cláusulas que organizan el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación del circuito simbolizado por la enseña no constituyen tampoco restricciones a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1;

4. Las cláusulas que efectúan una repartición de los mercados entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos constituyen restricciones a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1;

5. El hecho de que el franquiciante comunique al franquiciado precios indicativos no es constitutivo de una restricción a la libre competencia, a condición que no haya entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos una práctica concertada con miras a la aplicación efectiva de esos precios;

6. Los contratos de franquicia de distribución que contengan cláusulas que efectúen una repartición de mercados entre el franquiciante y los franquiciados o entre estos últimos son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros.

Sobre la segunda pregunta

28) La segunda pregunta, que fue formulada solamente en caso de una respuesta afirmativa a la primera, se dirige al punto de saber si el Reglamento 67/67 de marzo 22 de 1967 de la Comisión de la C. E. E. relativo a la aplicación del artículo 85 numeral 3 del Tratado de Roma a categorías de acuerdos de exclusividad juega algún papel en el caso de contratos de franquicia de distribución. Habida cuenta de las consideraciones que preceden relativas a las cláusulas que efectúan una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos, la pregunta conserva una parte de su interés, de tal suerte que conviene examinarla.

29) La sociedad Pronuptia de París, el franquiciante, sugiere a la Corte dar una respuesta positiva a esta segunda pregunta. El Reglamento 67/67 se aplicaría a los compromisos de exclusividad de aprovisionamiento y de entrega de mercancías no obstante que esos compromisos estén contenidos en acuerdos que impliquen, además, concesión de una licencia de marca o de otros signos distintivos de la empresa. En un contrato de franquicia, las obligaciones de exclusividad sobre las entregas y el aprovisionamiento presentarían también las ventajas que están enunciadas en el considerando sexto del Reglamento 67/67. Cláusulas distintas de aquellas enunciadas en el artículo 2° del Reglamento 67/67 no serían obstáculo a la aplicación de la exención, siempre y cuando no restrinjan la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1.

30) La señora Schillgalis, el franquiciado, concluye en la inaplicabilidad del Reglamento 67/67 a los contratos de franquicia. En primer lugar ese Reglamento habría sido elaborado sobre la base de la experiencia adquirida en esa época por la Comisión, experiencia que se tendría sólo respecto de los acuerdos de concesión de venta. En segundo lugar, el franquiciante claramente tendría más poderes sobre el franquiciado que el concedente sobre su concesionario. En tercer lugar, la restricción de la libre competencia inherente a los contratos de franquicia se produciría igualmente

sobre el plano horizontal, puesto que el franquiciante explota filiales que intervienen en el mismo estadio del proceso económico en el que se encuentran los franquiciados.

31) El Gobierno francés se limita a decir que el Reglamento 67/67 no parece aplicable a este tipo de contrato.

32) La Comisión de la C. E. E. admite primero que ella no dispone de una experiencia suficiente para delimitar la noción de contrato de franquicia. Añade que el Reglamento 67/67 no tiene por finalidad exentar de las restricciones de la libre competencia contenidas en acuerdos relativos a la concesión de una enseña, de un nombre comercial o de una marea, concesión que, con la comunicación de *know-how* y la asistencia comercial, le parece es el elemento esencial en los contratos de franquicia. Sin embargo, si acuerdos de licencia de ese tipo implican acuerdos sobre la entrega y pueden ser disociados de los acuerdos de licencia, el Reglamento 67/67 podría entonces aplicarse a los acuerdos de entrega, siempre y cuando sus condiciones se cumplan. A este respecto al concesionario exclusivo, en tal calidad, no deberían imponérsele restricciones a la libre competencia distintas de las de los artículos 1º numeral 1 y 2º numeral 1. En los contratos que son objeto de las preguntas del *Bundesgerichtshof* la cláusula de localización entendida en el contrato de franquicia establecería entre los elementos de distribución exclusiva y los elementos de licencia del contrato de franquicia un vínculo tan estrecho que esos elementos constituirían un todo indivisible, lo que volvería la exención por categorías inaplicable, aun a la parte del contrato relativa a la concesión de venta exclusiva.

33) Conviene sobre este particular poner en relieve varios elementos en el texto del Reglamento 67/67. En primer lugar, la categoría de contratos que se benefician de la exención por categorías es definida haciendo referencia a compromisos recíprocos (o no) de entrega y de compra y no haciendo referencia a elementos tales como la utilización de una enseña, la aplicación de métodos comerciales uniformes y el pago de regalías en contrapartida de ventajas consentidas, los cuales son característicos de los contratos de franquicia de distribución. En segundo lugar, los términos mis-

mos del artículo 2º no conciernen expresamente sino a los contratos de concesión de venta exclusiva, los cuales, como se ha dicho anteriormente, tienen una naturaleza diferente a los contratos de franquicia de distribución. En tercer lugar, ese mismo artículo enumera las restricciones y obligaciones que pueden ser impuestas a los concesionarios exclusivos, sin mencionar aquéllas que pueden ser estipuladas a cargo de la otra parte en el contrato, mientras que en el caso del contrato de franquicia de distribución las obligaciones asumidas por el franquiciante, y especialmente aquéllas de comunicar su *know-how* y asistir al franquiciado, revisten una importancia muy particular. En cuarto lugar, la lista de obligaciones a cargo del concesionario enumeradas en el artículo 2º numeral 2 no permiten incluir obligaciones de pagar regalías ni cláusulas que organicen el control indispensable para preservar la identidad y la reputación del circuito.

34) Hay lugar a concluir por esas razones que el Reglamento 67/67 no es aplicable a los contratos de franquicia de distribución tales como aquéllos que fueron examinados en el marco del presente procedimiento.

Sobre la tercera pregunta

35) Habida cuenta de las respuestas aportadas a la segunda pregunta de la jurisdicción nacional, la tercera pregunta pierde su objeto.

Sobre las costas

36) Los gastos relacionados por el Gobierno francés y por la Comisión de la Comunidad Europea, quienes sometieron sus consideraciones a la Corte, no pueden ser objeto de reembolso. El procedimiento reviste respecto de las partes en lo principal el carácter de un incidente propuesto ante la jurisdicción nacional, por consiguiente corresponde a ésta decidir sobre las costas.

Por esos motivos la Corte, decidiendo sobre las preguntas a ella formuladas por el *Bundesgerichtshof* a través de ordenanza de mayo 15 de 1984,

Dice en derecho: 1. a) la compatibilidad de los contratos de franquicia de distribución con el artículo 85 numeral 1 se analiza en función de las cláusulas que ellos contienen y del contexto económico en el cual ellos se insertan; b) las cláusulas que son indispensables para impedir que el *know-how* transmitido y la asistencia aportada por el franquiciante sean aprovechados por competidores no constituyen restricciones de la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1; c) las cláusulas que organizan el control indispensable para la preservación de la identidad y de la reputación del circuito simbolizado en la enseña no constituyen tampoco restricciones a la libre competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1; d) las cláusulas que realizan una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciado o entre estos últimos constituyen restricciones a la libre

competencia en el sentido del artículo 85 numeral 1; e) el hecho de que el franquiciante comunique precios indicativos no es constitutivo de una restricción a la libre competencia, a condición que no haya entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos una práctica concertada con miras a la aplicación efectiva de esos precios; f) los contratos de franquicia de distribución que contengan cláusulas que efectúen una repartición de mercados entre franquiciante y franquiciados o entre estos últimos son susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Miembros. 2. El Reglamento 67/67 no es aplicable a los contratos de franquicia de distribución, tales como aquéllos que fueron examinados dentro del marco del presente procedimiento.

Everling, Bahlmann, Joliet, Koopmans, Due y Galmot, jueces.

ANEXO N° 2

REGLAMENTO (C. E. E.) 4087-88 de la Comisión de noviembre 30 de 1988 relativo a la aplicación del artículo 85, numeral 3 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia (J. O. C. E. n. L. 359 de diciembre 28 de 1988)²⁰.

LA COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Visto el tratado que instituye la Comunidad Económica Europea,
Visto el Reglamento 19/65/C. E. E. del Consejo de marzo 2 de 1965, concerniente a la aplicación del artículo 85, numeral 3 del tratado a categorías de acuerdos y prácticas concertadas, modificado en último lugar por el acto de adhesión de España y Portugal y particularmente su artículo 1°,
Después de la publicación del proyecto de reglamento,
Después de consulta al comité consultivo en materia de oligopolios y posiciones dominantes,

CONSIDERANDO LO QUE SIGUE:

1) De conformidad con el Reglamento 19/65/C. E. E., la Comisión es competente para aplicar por vía de reglamento el artículo 85, numeral 3 del tratado a categorías de acuerdos bilaterales de exclusividad a los cuales se aplique el artículo 85 numeral 1 que tengan por objeto la distribución o la compra exclusiva de bienes o que impliquen restricciones impuestas en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial.

2) Los acuerdos de franquicia consisten esencialmente en licencias de derechos de propiedad industrial o intelectual, relativas a marcas, signos distintivos o *know-how*, que pueden estar combinadas con restricciones a la entrega o a la compra de productos.

3) Varios tipos de franquicia pueden ser distinguidos en función de su objeto: la franquicia industrial que concierne la fabricación de productos, la franquicia de distribución que concierne la venta de productos y la franquicia de servicios que concierne la prestación de servicios.

4) Es posible, sobre la base de la experiencia de la Comisión, definir categorías de acuerdos de franquicia a los cuales se les

aplique el artículo 85, numeral 1, pero pueden normalmente ser considerados como cumplidores de las condiciones del artículo 85, numeral 3; es el caso de los acuerdos de franquicia de acuerdo con los cuales una de las partes provee productos o servicios a usuarios finales; inversamente, los acuerdos de franquicia industrial no están cubiertos por el presente reglamento; tales acuerdos, que rigen habitualmente relaciones entre productores, presentan características diferentes de los otros tipos de franquicia; ellos consisten en licencias de producción fundadas en patentes y/o de *know-how* técnico, combinadas con licencias de marcas; algunos de esos acuerdos pueden beneficiarse de otras exenciones por categorías si llenan los requisitos necesarios.

5) El presente reglamento cubre los acuerdos de franquicia entre dos empresas, el franquiciante y el franquiciado, relativos a la venta al detalle de productos o a la prestación de servicios a usuarios finales, o a una combinación de esas dos actividades, tales como el tratamiento o la adaptación de productos para responder a necesidades específicas de sus clientes; el presente reglamento cubre también los casos en donde la relación de franquiciante y franquiciado es realizada por intermedio de un tercero,

²⁰ Tomado de la versión en francés del *Diario Oficial de la Comunidad Europea*, L. 359 de diciembre 28 de 1988.

el franquiciado principal: el presente reglamento no cubre los acuerdos de franquicia al por mayor en razón de la falta de experiencia de la Comisión en ese terreno.

6) Los acuerdos de franquicia, como los definidos en el presente reglamento pueden ser susceptibles de la aplicación del artículo 85, numeral 1; dichos acuerdos pueden en particular afectar el comercio entre los Estados Miembros cuando son concluidos entre empresas de diferentes Estados Miembros o cuando forman la base de un circuito que se extiende más allá de los límites de un solo Estado Miembro.

7) Los acuerdos de franquicia, como los definidos en el presente reglamento, mejoran normalmente la distribución de productos y/o la prestación de servicios, puesto que dan a los franquiciantes la posibilidad de establecer una red o un circuito uniforme con inversiones limitadas, lo que puede favorecer la llegada de nuevos competidores al mercado, particularmente en caso de pequeñas y medianas empresas, agrandando así la competencia entre marcas; dichos acuerdos también permiten a comerciantes independientes instalarse más rápidamente y con mejores posibilidades de éxito que si hubieran debido hacerlo sin la experiencia y asistencia del franquiciante; esos comerciantes independientes tienen así la posibilidad de competir más eficazmente con las grandes empresas de distribución.

8) Por regla general, los acuerdos de franquicia reservan igualmente a los consumidores y a otros usuarios finales una parte equitativa del beneficio que de ellos resulta, por el hecho de combinar las ventajas de un circuito uniforme con la existencia de comerciantes personalmente interesados en el funcionamiento eficaz de sus empresas; el carácter homogéneo del circuito y la cooperación constante entre el franquiciante y los franquiciados garantizan una calidad constante de los productos y de los servicios; el efecto favorable de la franquicia sobre la competencia entre marcas y el hecho que los consumidores estén en libertad de tratar con cualquier franquiciado dentro del circuito garantiza que una parte razonable de los beneficios resultantes del acuerdo irán a los consumidores.

9) El presente reglamento debe definir las obligaciones restrictivas de la libre competencia que pueden estar comprendidas en los acuerdos de franquicia; es el caso en particular del otorgamiento de un territorio exclusivo a los franquiciados, combinado con la prohibición de buscar activamente clientes fuera de ese territorio, lo que les permite concentrar sus esfuerzos en el territorio que les ha sido atribuido; es igualmente el caso del otorgamiento de un territorio exclusivo a un franquiciado principal, combinado con la obligación de no concluir acuerdos de franquicia con terceros fuera de ese territorio; cuando los franquiciados venden o utilizan, dentro del marco de la prestación de servicios, productos fabricados por el franquiciante, o según sus instrucciones y/o productos que llevan su marca, la obligación para los franquiciados de no vender o utilizar, dentro del marco de la prestación de servicios, productos competidores, permite establecer un circuito coherente que se identifica con los productos franquiciados; sin embargo esta obligación no puede ser aceptada sino para los productos que forman el objeto esencial de la franquicia; dicha obligación no puede aplicarse en particular a los accesorios o a los repuestos de esos productos.

10) Las obligaciones mencionadas no imponen de tal suerte restricciones que no sean necesarias para alcanzar los objetivos antes reseñados. En particular la protección territorial limitada consentida a los franquiciados es indispensable para proteger su inversión.

11) Conviene enumerar en el presente reglamento un cierto número de obligaciones no restrictivas de la libre competencia que son comúnmente incluidas en acuerdos de franquicia y prever que si, por el hecho de circunstancias económicas o jurídicas particulares, a ellas les fuera aplicable el artículo 85, numeral 1, están igualmente cubiertas por la exención. Esa lista, que no es exhaustiva, comprende en particular cláusulas esenciales, bien para preservar la identidad común y la reputación del circuito, o bien para impedir que el *know-how* y la asistencia suministrados por el franquiciante sean aprovechados por competidores.

12) El reglamento debe precisar las condiciones que deben ser satisfechas para que la exención se aplique; para garantizar que la competencia no sea eliminada en una parte sustancial de los productos que hacen el objeto de la franquicia, es necesario que las importaciones paralelas permanezcan posibles; en consecuencia, las entregas entre franquiciados deben ser siempre permitidas; además, cuando un circuito de franquicia está combinado con otro sistema de distribución, los franquiciados deben estar en libertad de ser aprovisionados por distribuidores autorizados. Para informar mejor a los consumidores, lo que contribuye a garantizar que reciban una parte equitativa del beneficio resultante del acuerdo, se debe prever que los franquiciados están obligados a indicar su calidad de empresa independiente, por cualquier medio apropiado que no ponga en peligro la identidad común del circuito de franquicia; además, si los franquiciados deben otorgar una garantía por los productos del franquiciante, esta obligación debe igualmente aplicarse a los productos suministrados por éste, por otros franquiciados o por otros distribuidores autorizados.

13) El reglamento debe también precisar las restricciones que no pueden figurar en los acuerdos de franquicia para que éstos se beneficien de la exención por categorías, por el hecho de que a dichas restricciones les fuera aplicable el artículo 85, numeral 1, respecto de las cuales no existe presunción general de producción de los efectos positivos exigidos por el artículo 85, numeral 3. Ello se aplica especialmente a la repartición de mercados entre productores, a las cláusulas que limitan indebidamente la escogencia por el franquiciado de sus proveedores o clientes y a los casos en que el franquiciado está sometido a restricciones en cuanto a la determinación de sus precios. El franquiciante, sin embargo, debe estar en libertad de recomendar precios a los franquiciados cuando ello no esté prohibido por las legislaciones nacionales y en la medida en que no dé lugar a prácticas concertadas para la aplicación efectiva de esos precios.

14) Los acuerdos que no están automáticamente exentados porque contienen cláusulas no admitidas expresamen-

te por el reglamento, sin que impliquen restricciones expresamente excluidas, son sin embargo susceptibles de beneficiarse de la presunción general de compatibilidad con el artículo 85, numeral 3, sobre la cual está fundada la exención por categorías, y la Comisión podrá establecer rápidamente si ése es el caso de un acuerdo determinado. Hay lugar entonces a considerar tales acuerdos como cubiertos por la exención prevista en el presente reglamento cuando son notificados a la Comisión y ella no se opone a la aplicación de la exención en un plazo determinado.

15) Si en casos particulares acuerdos exentados por el presente reglamento tienen sin embargo efectos incompatibles con el artículo 85, numeral 3, en especial en el sentido en que este último es interpretado por la práctica administrativa de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte de Justicia, la Comisión puede retirar el beneficio de exención por categorías.

16) Los acuerdos que están exentados automáticamente por el presente reglamento no deben ser notificados; es sin embargo recomendado a las empresas solicitar una decisión en virtud del Reglamento 17 del Consejo, modificado en último lugar por el acto de adhesión de España y Portugal.

17) Los acuerdos pueden beneficiarse de las disposiciones del presente reglamento o de otro reglamento en función de su naturaleza particular y siempre y cuando cumplan las condiciones de aplicación necesarias; dichos acuerdos no pueden beneficiarse de una combinación de disposiciones del presente reglamento con otro reglamento de exención por categorías,

HA ADOPTADO EL PRESENTE REGLAMENTO:

Artículo 1º. - De conformidad con el artículo 85, numeral 3 del tratado y con las condiciones previstas en el presente reglamento, el artículo 85, numeral 1 de dicho tratado es declarado inaplicable a los acuerdos de franquicia en los que participen dos empresas y que implique una o varias de las restricciones previstas en el artículo 2º.

2. La exención prevista en el numeral 1 se aplica igualmente a los acuerdos de franquicia principal en los cuales participen dos empresas. Llegado el caso, las disposiciones del presente reglamento relativas a las relaciones entre franquiciante y franquiciado se aplican, *mutatis mutandis*, a las relaciones entre franquiciante y franquiciado principal o entre franquiciado principal y franquiciado.

3. Para la aplicación del presente reglamento se entiende por:

a) "franquicia", un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, enseñas, dibujos y modelos, derechos de autor, *know-how* o patentes, destinados a ser explotados para la reventa de productos o la prestación de servicios a usuarios finales;

b) "acuerdo de franquicia", un acuerdo por el cual una empresa, el franquiciante, concede a otra, el franquiciado, a cambio de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con el fin de comercializar tipos de productos y/o servicios determinados; dicho acuerdo debe comprender al menos las siguientes obligaciones:

– la utilización de un nombre o de una enseña comunes y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte indicados en el contrato,

– la comunicación por el franquiciante al franquiciado de un *know-how*, y

– el suministro continuo del franquiciante al franquiciado de una asistencia comercial o técnica durante el término del contrato;

c) "acuerdo de franquicia principal", acuerdo por el cual una empresa, el franquiciante, concede a otra, el franquiciado principal, a cambio de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con miras a concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados;

d) "productos del franquiciante", productos fabricados por el franquiciante o según sus instrucciones y/o que llevan el nombre o la marca del franquiciante;

e) "locales indicados en el contrato", los locales utilizados para la explotación de

la franquicia o, cuando la franquicia es explotada fuera de esos locales, la base a partir de la cual el franquiciado activa los medios de transporte utilizados para la explotación de la franquicia ("medios de transporte señalados en el contrato");

f) "*know-how*", un conjunto de informaciones prácticas no patentadas, resultantes de la experiencia del franquiciante y comprobadas por éste, conjunto que es secreto, sustancial e identificado;

g) "secreto", el hecho que el *know-how*, en su conjunto o en la configuración y en el ensamble preciso de sus componentes, no sea generalmente conocido o fácilmente accesible; esta noción no debe ser entendida en sentido estricto, a saber, que cada componente individual del *know-how* deba ser totalmente desconocido o imposible de obtener por fuera de las relaciones con el franquiciante;

h) "sustancial", el hecho que el *know-how* deba incluir una información importante para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales y particularmente por la presentación de los productos para la venta, la transformación de los productos ligados a la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa y financiera; el *know-how* debe ser útil para el franquiciado, siendo susceptible de mejorar su posición competitiva a la fecha de celebración del acuerdo, en particular mejorando sus resultados o contribuyendo a penetrar un nuevo mercado;

i) "identificado", el hecho que el *know-how* deba estar descrito de una forma suficientemente completa que permita verificar que cumple las condiciones de secreto y de sustancia; la descripción del *know-how* puede ser hecha en el acuerdo de franquicia, en un documento separado o en cualquier otra forma apropiada.

Artículo 2. - La exención prevista en el artículo 1º se aplica a las siguientes restricciones de la competencia:

a) en una parte definida del mercado común como territorio señalado en el contrato, la obligación del franquiciante de no

– conceder el derecho a terceros de explotar en todo o en parte la franquicia,

– explotar él mismo la franquicia o comercializar los productos o servicios objeto de la franquicia aplicando una fórmula similar,

– proveer él mismo a terceros de productos del franquiciante;

b) la obligación del franquiciado principal de no concluir contratos de franquicia con terceros fuera del territorio señalado en el contrato;

c) la obligación del franquiciado de explotar la franquicia únicamente a partir de los locales señalados en el contrato;

d) la obligación del franquiciado de abstenerse de buscar clientes fuera del territorio señalado en el contrato para los productos o servicios objeto de la franquicia;

e) la obligación del franquiciado de no fabricar, vender o utilizar, dentro del marco de la prestación de servicios, productos competidores del franquiciante y que son objeto de la franquicia; cuando el objeto de la franquicia es vender o utilizar, dentro del marco de la prestación de servicios, a la vez ciertos productos y repuestos o accesorios de éstos, esta obligación no puede ser impuesta en lo que concierne a esos repuestos o accesorios.

Artículo 3º.- 1. Las siguientes obligaciones impuestas al franquiciado no son obstáculo para la aplicación del artículo 1º, en la medida en que ellas sean necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial o intelectual del franquiciante o para mantener la identidad común y la reputación del circuito de franquicia;

a) vender o utilizar, dentro del marco de la prestación de servicios, exclusivamente productos que respondan a las especificaciones objetivas mínimas de calidad establecidas por el franquiciante;

b) vender o utilizar, dentro del marco de la prestación de servicios, productos fabricados solamente por el franquiciante o por terceros por él designados, cuando no sea posible en la práctica, por razón de la naturaleza de los productos objeto de la franquicia, aplicar especificaciones objetivas de calidad.

c) no ejercer ni directa ni indirectamente una actividad comercial similar en un territorio en donde pueda hacer competencia a

algún miembro del circuito, incluido el franquiciante; esta obligación puede ser impuesta al franquiciado aun para después de terminado el contrato, por un período razonable que no exceda de un año, en el territorio en donde éste explotaba la franquicia;

d) no adquirir en el capital de una empresa competidora participaciones financieras que otorguen al franquiciado el poder de influir en el comportamiento económico de dicha empresa;

e) vender los productos objeto de la franquicia únicamente a los usuarios finales, a los otros franquiciados y a los revendedores pertenecientes a otros canales de distribución aprovisionados por el fabricante de esos productos o con su consentimiento;

f) comercializar los productos o prestar los servicios objeto de la franquicia de acuerdo con sus mejores posibilidades; ofrecer para la venta un conjunto mínimo de productos, efectuar una cifra mínima de negocios, planificar sus pedidos con anticipación, mantener unas existencias mínimas y asegurar el servicio y la garantía a la clientela;

g) pagar al franquiciante una parte determinada de sus recursos para la publicidad y efectuarla él mismo previo acuerdo con el franquiciante sobre la naturaleza de la misma;

2. Las siguientes obligaciones impuestas al franquiciado no son obstáculo para la aplicación del artículo 1º:

a) no divulgar el *know-how* suministrado por el franquiciante; esta obligación puede ser impuesta al franquiciado aun para después de la expiración del contrato;

b) comunicar al franquiciante cualquier experiencia adquirida dentro del marco de la explotación de la franquicia y consentirle, así como a los otros franquiciados, una licencia de uso no exclusiva de los conocimientos resultantes de esta experiencia;

c) informar al franquiciante toda perturbación o utilización indebida de los derechos de propiedad industrial o intelectual licenciados, iniciar una acción contra los perturbadores o asistir al franquiciante en las acciones judiciales iniciadas contra el perturbador;

d) no utilizar el *know-how* licenciado por el franquiciante para fines distintos de la explotación de la franquicia; esta obligación puede ser impuesta al franquiciado aun para después de la expiración del contrato;

e) seguir los cursos de formación organizados por el franquiciante, él mismo o su personal;

f) aplicar los métodos comerciales actualizados por el franquiciante, incluida cualquier modificación posterior y utilizar los derechos de propiedad industrial o intelectual licenciados;

g) respetar las normas del franquiciante en materia de equipos y presentación de los locales y/o medios de transporte señalados en el contrato;

h) permitir al franquiciante efectuar los controles de los locales y/o de los medios de transporte señalados en el contrato, comprendidos los productos vendidos y los servicios prestados, así como los inventarios y estados financieros del franquiciado;

i) no modificar la ubicación de los locales señalados en el contrato sin el consentimiento del franquiciante;

j) no ceder los derechos y obligaciones resultantes del contrato sin el consentimiento del franquiciante.

3. En caso de que, dentro de un contexto particular, a las obligaciones señaladas en el numeral 2 les sea aplicable el artículo 85 numeral 1, dichas obligaciones estarán igualmente exentadas aun cuando no estén acompañadas de ninguna de las obligaciones exentadas en el artículo 1°.

Artículo 4°. - La exención prevista en el artículo 1° se aplica a condición de que:

a) el franquiciado sea libre de comprar los productos objeto de la franquicia a los otros franquiciados; en caso de distribución paralela por otra red de distribuidores autorizados el franquiciado debe ser libre de aprovisionarse a través de éstos;

b) si el franquiciante impone al franquiciado una garantía de los productos del franquiciante, esta obligación se aplica en lo que respecta a los productos vendidos en el mercado común por otros miembros del circuito de franquicia o por otros distribuidores que den una garantía similar;

c) el franquiciado deba indicar su calidad de comerciante independiente; sin embargo esta obligación no debe interferir con la identidad común del circuito de franquicia que resulta en particular de la utilización de un nombre o de una enseña idéntica y de la apariencia uniforme de los locales y/o de los medios de transporte señalados en el contrato.

Artículo 5°. - La exención prevista en el artículo 1° no se aplica cuando:

a) las empresas que fabriquen productos o presten servicios idénticos o considerados como similares por los usuarios en razón de sus propiedades, de su precio y de su uso, celebren entre ellas contratos de franquicia relativos a esos productos o servicios;

b) sin perjuicio del artículo 2° literal e y del artículo 3° numeral 1 literal b, el franquiciado esté impedido de aprovisionarse de productos de una calidad equivalente a la de aquéllos que le son propuestos por el franquiciante;

c) sin perjuicio del artículo 2° literal e, el franquiciado esté obligado a vender o a utilizar, dentro del marco de la prestación de servicios, los productos fabricados por el franquiciante o por terceros designados por éste, y cuando el franquiciante rehúse designar como productores autorizados a los terceros propuestos por el franquiciado, por razones distintas de la protección de sus derechos de propiedad industrial o intelectual o el mantenimiento de la identidad y de la reputación del circuito de franquicia;

d) el franquiciado esté impedido para continuar utilizando el *know-how* licenciado después de la expiración del contrato, habiéndose convertido dicho *know-how* conocido en general y fácilmente accesible sin que ello resulte en una violación de las obligaciones del franquiciado;

e) la franquicia esté limitada directa o indirectamente por el franquiciante en cuanto a la determinación de los precios de venta de los productos y servicios objeto de la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad para el franquiciante de recomendar esos precios;

f) el franquiciante imponga al franquiciado no discutir los derechos de propiedad industrial o intelectual que cons-

tituyen la franquicia, sin perjuicio de la posibilidad del franquiciante de ponerle fin al acuerdo en este caso;

g) los franquiciados estén obligados a no suministrar los productos o servicios objeto de la franquicia a usuarios finales en razón de su lugar de residencia, al interior del mercado común.

Artículo 6°.- 1. Se benefician igualmente de la exención prevista en el artículo 1° los acuerdos que llenen las condiciones del artículo 4° que contengan obligaciones restrictivas de la libre competencia, que no estén cubiertas por los artículos 2° y 3° numeral 3 sin que se salgan del campo de aplicación del artículo 5°; a condición que esos acuerdos no estén notificados a la Comisión y que ésta en un plazo de seis meses no se oponga a la exención, de acuerdo con el Reglamento 27 de la Comisión.

2. El plazo de seis meses corre a partir del día en que la notificación es recibida por la Comisión. Sin embargo cuando la notificación es enviada por correo recomendado, ese plazo corre a partir de la fecha indicada en el sello del correo del lugar de expedición.

3. El numeral 1 sólo se aplica si:

a) la notificación o una comunicación que la acompañe se refieren expresamente a este artículo, y,

b) las informaciones a ser suministradas en el momento de la notificación están completas y de conformidad con los hechos.

4. En lo que concierne a los acuerdos ya notificados en el momento de la entrada en vigor del presente reglamento, las disposiciones del numeral 1 pueden ser invocadas en una comunicación enviada a la Comisión en que se haga expresa referencia a este artículo y a la notificación. Las disposiciones de los numerales 2 y 3 literal b son aplicables *mutatis mutandis*.

5. La Comisión puede oponerse a la aplicación de la exención. Ella se opondrá cuando un Estado Miembro se lo solicite dentro de un término de tres meses contados a partir de la fecha de transmisión de la notificación al Estado Miembro señalada en el numeral 1 o de la comunicación señalada en el numeral 4. Dicha solicitud debe estar fundada en consideraciones relativas a las reglas de competencia del tratado.

6. La Comisión puede presentar la oposición a la aplicación de la exención en cualquier momento. Sin embargo, cuando la oposición resulta de la solicitud de un Estado Miembro y éste la mantiene, no puede ser retirada sino después de opinión del comité consultivo en materia de oligopolios y posiciones dominantes.

7. Si la oposición es retirada porque las empresas demostraron que las condiciones previstas en el artículo 85 numeral 3 del tratado se cumplen, la exención tiene efecto en la fecha de la notificación

8. Si la oposición es retirada porque las empresas interesadas modificaron el acuerdo con la finalidad de cumplir las condiciones del artículo 85 numeral 3, la exención tiene efecto a partir de la fecha en la cual las modificaciones entraron en vigor.

9. Si la Comisión presenta oposición y ésta no es retirada, los efectos de la notificación se rigen por las disposiciones del Reglamento 17.

Artículo 7°.- 1. Las informaciones recogidas en aplicación del artículo 6° sólo podrán ser utilizadas para los fines previstos en el presente reglamento.

2. La Comisión y las autoridades de los Estados Miembros, así como sus funcionarios y otros agentes, están obligados a no divulgar las informaciones que han recogido en aplicación del presente reglamento y que por su naturaleza están cubiertas por el secreto profesional.

3. Las disposiciones de los numerales 1 y 2 no se oponen a la publicación de informaciones generales o de estudios que no impliquen indicaciones individuales sobre las empresas o asociaciones de empresas.

Artículo 8.- De conformidad con el artículo 7° del Reglamento 19/65/C. E. E., la Comisión puede retirar el beneficio de aplicación del presente reglamento si constata que, en un caso determinado, un acuerdo exentado en virtud del presente reglamento tiene sin embargo ciertos efectos incompatibles con las condiciones previstas en el artículo 85, numeral 3 del tratado, particularmente cuando una exclusividad territorial es concedida al franquiciado y:

a) el acceso al mercado en causa o la libre competencia en éste es restringida de

manera significativa por el efecto acumulativo de circuitos paralelos de acuerdos similares, establecidos por productores o distribuidores competidores;

b) los productos o servicios objeto de la franquicia no están sometidos, en una parte sustancial del mercado común, a la competencia efectiva de productos o servicios idénticos o considerados por usuarios como similares, en razón de sus propiedades, de su precio o de su uso;

c) las partes o una de ellas impiden a los usuarios, en razón del lugar de su residencia, obtener en el mercado común, directamente o por intermediarios, los productos o servicios objeto de la franquicia, o utilizar las diferencias de especificaciones relativas a los mismos en los diferentes Estados Miembros para cerrar los mercados;

d) los franquiciados realizan prácticas concertadas respecto de los precios de venta de los productos o servicios objeto de la franquicia;

e) el franquiciante utiliza su derecho de examinar los locales y los medios de transporte señalados en el contrato, o no da su consentimiento a una solicitud del franquiciado de cambiar la ubicación de dichos locales o ceder sus derechos y obligaciones resultantes del contrato de franquicia, por motivos diferentes a proteger sus derechos de propiedad industrial o intelectual, de mantener la identidad común y la reputación del circuito de franquiciado o de verificar si el franquicia respeta sus obligaciones a ese título.

Artículo 9º.- El presente reglamento entra en vigor el 1º de febrero de 1989 y será aplicable hasta el 31 de diciembre de 1999.

ANEXO N° 3

CÓDIGO EUROPEO DE DEONTOLOGÍA DE LA FRANQUICIA (1979)

El Código Europeo de Deontología de la Franquicia fue elaborado y aprobado por todos los presidentes de las asociaciones de franquicia de los respectivos países de la Comunidad Económica y fue presentado a los expertos gubernamentales de la C. E. E. reunidos en Bruselas en septiembre de 1979, quienes lo aprobaron unánimemente.

PREÁMBULO

La franquicia se define dentro del marco del presente código como un método de colaboración contractual entre partes jurídicamente independientes e iguales: por una parte, una empresa franquiciante y, por otra, una o varias empresas franquiciadas.

En lo que respecta a la empresa franquiciante ello implica:

1) La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de signos o de símbolos (eventualmente de una marca de fábrica, de comercio o de servicio) y de un *know-how* puesto a disposición de una o de varias empresas franquiciadas.

2) El control de un conjunto de productos y/o de servicios presentados de una manera original y específica y que deben obligatoriamente ser adoptados y utilizados por los franquiciados, con base en un conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido previamente experimentadas y son continuamente desarrolladas y verificadas en lo que respecta a su valor y su eficacia.

El objetivo principal al celebrar un contrato de franquicia entre las dos partes es el obtener beneficios tanto para el franquiciante como para el franquiciado, combinando sus recursos humanos y financieros sin afectar de ninguna manera la independencia de cada una de las partes.

Todo contrato de franquicia implica un pago efectuado bajo cualquier forma por el franquiciado al franquiciante, por el cual se le reconocen los servicios aportados, tales como su nombre, su estilo, su tecnología y su *know-how*.

La franquicia es pues más que un contrato de compraventa o de conce-

sión o más que una licencia, en el cual las dos partes aceptan obligaciones importantes recíprocamente que van más allá que cualquier relación comercial convencional.

Un contrato de franquicia descansa sobre la confianza mutua y las partes buscan en todo momento evitar malos entendidos en sus relaciones recíprocas y con el público en general.

El franquiciante garantizará la validez de sus derechos sobre la marca, la enseña, la sigla, el *slogan*, etc. y dará seguridades a las empresas franquiciadas del goce tranquilo de aquéllos que ha puesto a su disposición.

REGLAS QUE REGULAN LA PUBLICIDAD DE RECLUTAMIENTO

La publicidad de reclutamiento será sincera y honesta. No contendrá ninguna ambigüedad y no deberá en ningún caso ser engañosa. Toda publicidad estará conforme en su forma y en su espíritu con las leyes y reglamentos.

Cualquier publicidad de reclutamiento, que contenga alusiones directas o indirectas a los resultados, a cifras o a datos relativos a utilidades o beneficios que puedan esperar las empresas franquicias, será objetiva, completa, y verificable, especialmente en lo que respecta a la zona geográfica y al período al cual ella se refiere.

Toda la información relativa a los aspectos financieros de la adquisición de la franquicia estará detallado en todos sus aspectos e indicará el monto total de la inversión necesaria.

SELECCIÓN DE LOS FRANQUICIADOS

El franquiciante seleccionará y aceptará solamente a los candidatos a franquiciados que posean las calificaciones exigidas para la franquicia. Toda discriminación por razones políticas, de raza, de lengua, de religión o de sexo será excluida de la calificación.

REGLAS RELATIVAS AL CONTRATO

Es necesario e inherente a la franquicia que la convención de base entre franquiciante y empresa(s) franquiciada(s) sea objeto de un contrato escrito.

El contrato de franquicia definirá los derechos y obligaciones de las partes; deberá ser leal y apuntará igualmente a garantizar una buena gestión de los negocios tanto por el franquiciante como por el franquiciado.

El contrato se celebrará en términos claros, en la lengua oficial del franquiciado.

El contrato de franquicia especificará particularmente los puntos siguientes, quedando entendido que las disposiciones adoptadas serán compatibles con el derecho nacional o comunitario:

- Las modalidades y condiciones de pago de los derechos y regalías;

- La duración del contrato y las condiciones de reconducción, la época y el término para el preaviso;

- Los derechos del franquiciante previos a la cesión que haga el franquiciado;

- La definición de "derechos territoriales abiertos" concedidos al franquiciado, comprendidas las posibilidades (si es el caso) sobre territorios vecinos;

- Una base para repartición de los activos afectados a la ejecución del contrato si éste termina;

- Las disposiciones de repartición relativas al suministro de mercancías, que comprenda la responsabilidad y los costos de transporte;

- Las condiciones de pago;

- Los servicios suministrados por el franquiciante: asistencia para la comercialización, promoción, publicidad; tecnología y *know-how*; consejos para la dirección, la administración y el comercio; consejos financieros y fiscales; condiciones

en las cuales esos servicios serán prestados y las cargas que con ellos se relacionen; formación.

Obligación del franquiciado: suministrar las cuentas y datos relativos al funcionamiento, recibir una formación y aceptar procedimientos de inspección.

NOTAS SUPLEMENTARIAS

El franquiciante se asegurará, previamente a la entrada en vigor del contrato, que el franquiciado posee la formación necesaria, y si no, lo ayudará a adquirirla.

La formación del franquiciado deberá normalmente comprender cursos preliminares de instrucción en un establecimiento similar (pasantías en una unidad piloto).

El franquiciante garantizará al franquiciado, durante todo el tiempo de ejecución del contrato, la asistencia y la información apropiadas y establecerá un contacto estricto y continuo con él, por ejemplo, a través de delegados competentes.

El franquiciante será fácilmente accesible y sensible a los llamados del franquiciado. Deberá existir intercambio de ideas y los negocios importantes serán discutidos con la intención de mejorar la comprensión mutua y la identidad de intereses entre las partes.

El franquiciante suministrará al franquiciado todo el potencial de detalles precisos, completos y verificarles, sobre la base de una o varias experiencias reales anteriores que guarden relación con los mismos emplazamiento y actividad propuestos al franquiciado. Esos detalles se referirán particularmente al valor de la localización concernida y a los costos de funcionamiento del o los almacenes o de establecimientos similares.

El franquiciado proporcionará al franquiciante datos de funcionamiento para facilitar la determinación de resultados y de las raciones financieras necesarias a un buen control de gestión.

Para este efecto es esencial que se permita al franquiciante o a sus delegados el acceso en cualquier momento a los locales y a los documentos del franquiciado.

El franquiciante asistirá al franquiciado, aconsejándole sobre los gastos de funcionamiento y sus márgenes, de tal suerte que este último logre en un momento dado el éxito en sus negocios.

El franquiciante dará al franquiciado toda la ayuda necesaria para obtener y aplicar la tecnología de la franquicia.

El franquiciante procederá a una estimación prudente y seria de las necesidades en inversión en equipo, material, existencias iniciales y costos de lanzamiento, de lo cual comunicará al franquiciado potencial, antes de la firma del contrato.

En caso de ruptura o de cesión del contrato, el franquiciado deberá cesar inmediatamente en el uso de la enseña, de todo material o modelo específico ligado a la utilización de la enseña.

El franquiciante y el franquiciado deberán respetar escrupulosamente la política general de la franquicia, desde el punto de vista comercial y administrativo, tanto al interior de la franquicia como frente a los clientes y el público en general.

El franquiciante y el franquiciado deberán prohibirse mutuamente emprender cualquier acción penal o criminal, fiscal o comercial, susceptible de perjudicar la reputación de la franquicia y de la marca.

El franquiciante utilizará todos los medios para asegurarse que el franquiciado es regularmente provisionado en mercancías

y en servicios de una calidad sana, leal y comercial.

Si, además del contrato de franquicia, otro documento ha sido establecido por el franquiciante en donde se fijen las condiciones generales de sus operaciones frente al franquiciado, esas condiciones generales deben ser notificadas a este último, antes de la firma del contrato.

Si el franquiciante cede a un tercero el negocio que constituye su actividad en tanto que franquiciante, bajo cualquier forma que sea, la continuidad del contrato de franquicia debe estar garantizada y los derechos del franquiciado preservados en su integridad.

Toda cláusula de no competencia aplicable después de la ruptura o de la cesación del contrato debe ser específica y definida precisamente en el contrato, en cuanto a su duración y su extensión territorial.

El franquiciante hará sus mejores esfuerzos para resolver las quejas, los perjuicios y los conflictos con sus franquiciados, de buena fe y con la mejor disposición, a través de contactos y negociaciones honestas y directas y concederá al franquiciado un plazo razonable para reparar sus omisiones y viceversa.

Si el contrato de franquicia prevé una atribución de competencia en caso de litigio, es deseable que esa competencia sea atribuida a los tribunales del lugar donde está situada la sede del franquiciante.