

LA FRANQUICIA COMO MECANISMO IDÓNEO DE COMERCIALIZACIÓN GLOBAL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL FRANQUICIADO FRENTE A LAS IMPORTACIONES PARALELAS*

FRANCHISE MARKETING AS A GLOBAL MECHANISM SUITABLE: PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE FRANCHISEE FROM PARALLEL IMPORTS

*Claudia Andrea Vasco Del Río***

Recibido: enero 16 de 2012

Aprobado: marzo 6 de 2012

RESUMEN

El mundo de hoy se estructura en criterios de globalización, de apertura de fronteras y de internacionalización de los mercados. La franquicia, conforme a esa mirada, se convierte en una respuesta apropiada para los intereses de aquellos negocios de éxito que quieren propagar y difundir su industria o actividad a otros mercados, buscando el posicionamiento de productos o servicios, aumentando sus posibilidades financieras y crecimiento empresarial. De otro lado, la franquicia permite a los nuevos empresarios disfrutar de los beneficios que les puede traerle la explotación de un negocio depurado, que ha sido objeto de perfeccionamiento y ha obtenido reputación y notoriedad.

* Artículo producto de la investigación titulada “Mecanismos de protección del franquiciatario frente a las importaciones paralelas como violación al derecho de distribución exclusiva en el contrato de franquicia en Colombia.” La autora pertenece al grupo GISOR y el proyecto se inscribe en la línea de investigación de Derecho Civil. El proyecto fue financiado por la Corporación Universitaria Remington y se ejecutó entre enero y diciembre del año 2011.

** Abogada de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Privado de la UPB, en la actualidad realiza estudios de maestría en Administración MBA en la Universidad de Medellín, docente de la Corporación Universitaria Remington. E-mail: claudia.vasco@remington.edu.co

El artículo abordará el contrato de franquicia y sus particularidades, establecerá que a pesar del exiguo y escaso manejo de la figura en Colombia desde su aspecto jurídico, existen mecanismos que se pueden ejercer para proteger los derechos del franquiciado frente a las importaciones paralelas, garantizando el derecho a la distribución exclusiva, sin que se genere un atentado del derecho a la competencia.

PALABRAS CLAVE

Franquicia, derecho a la distribución exclusiva, importaciones paralelas, crecimiento empresarial, equilibrio.

ABSTRACT

Today's world is divided in to criteria of globalization, open borders and internationalization of markets. The franchise, as this look, it becomes an appropriate response to the interests of those successful businesses that want to propagate and spread their industry or to other markets, looking for the positioning of products or services, increasing their financial and business growth. On the other hand, the exemption allows new entrepreneurs to enjoy the benefits it can bring the operation of are fined business that has been advanced and gained reputation and renown.

The article will discuss the franchise agreement and its particularities, state that despite the meager and poor management of the figure in Colombia from its legal aspect, that mechanism can be exercised to protect the franchisee's rights against parallel imports, ensuring the right exclusive distribution, without generating a violation of competition law.

KEYWORDS

Franchising, exclusive distribution rights, parallel imports, business growth, balance.

INTRODUCCIÓN

Es fundamental promocionar que entre las partes del contrato de franquicia exista equilibrio, que se establezcan criterios de cumplimiento razonable y fundado en el principio de derecho de la buena fe. Es la justa práctica la que debe destacar la franquicia, debe ser un convenio integral, exhaustivo, exacto y equitativo, evitando imprecisiones o vacíos que generen inconvenientes para los contratantes.

La investigación se orientó a determinar la forma de proteger al franquiciado de los perjuicios causados por las importaciones paralelas, cómo se sopesa dicha actividad permitida por el mercado con el derecho de exclusividad de negociación de bienes o servicios suministrados de acuerdo al contrato celebrado. Para ello se efectuó un proceso investigativo sustentado en el análisis documental, totalmente descriptivo, fundado en etapas específicas y articuladas entre sí para llegar a una conclusión, que es precisamente la obtención de los mecanismos de protección de los derechos de franquiciado.

Los pasos que se realizaron para el proceso científico - investigativo de orden cualitativo se fundó en la revisión, selección y análisis de fuentes documentales; seguido de una etapa de síntesis y, por último, la obtención de conclusiones que dan respuesta al interrogante: ¿cuáles son los mecanismos de protección con los que cuenta el franquiciatario frente a la importación paralela como violación al derecho de distribución exclusiva en el contrato de franquicia en Colombia?

Se efectuó un procedimiento riguroso (pre-experimental), sustentado en el manejo de etapas organizadas y articuladas entre sí que inició con la identificación y planeación del problema, dando paso a la ejecución, análisis y retroalimentación del mismo, para entregar posteriormente una solución que es la que se plantea en el presente artículo. La finalidad se orientó a brindar elementos necesarios para comprender en qué consiste el contrato de franquicia, su relación con la distribución exclusiva y la protección de los derechos del franquiciado respecto de las importaciones paralelas.

1. NACIMIENTO DE LA FRANQUICIA, CONTRATO ATÍPICO COMERCIAL

Sobre el nacimiento y origen de la franquicia hay varias posiciones. Hay algunos autores que manifiestan que ella aparece en la

época feudal (en Europa), en aquel período que giraba en torno al **señor feudal y a los siervos** en el que el primero le brindaba a los segundos protección, siendo estos últimos dependientes, súbditos o criados del primero. Cuando ese soberano prometía o brindaba unos beneficios a favor de su vasallo, por medio de lo que se conoció como cartas francas, permitiendo que este pudiera realizar cultivos o pesca en cierto territorio, se entendió que ese fue precisamente el primer referente histórico de la franquicia.

La franquicia aparece y se concreta muchos años después, precisamente en los Estados Unidos de América, cuando al señor Isaac Merritt Singer, entre la década de 1850 a 1860, para mejorar su negocio de máquinas de coser y estando consciente de sus limitantes dentro del mercado, ofreció derechos de comercialización sobre dicho bien en territorios delimitados a cambio del pago de comisión.

Lo importante aquí es, independientemente del instante de nacimiento o el origen de la franquicia, establecer que dicha figura se gesta como un mecanismo adecuado para incursionar en aquellos campos o sectores que, de otra forma, estarían vedados y permite que el comercio vaya más allá de los límites territoriales impuestos, de las barreras que la misma empresa tiene y de las restricciones estructurales del mercado, ya que posibilita la expansión comercial sin incurrir en gastos exorbitantes ni mucho menos en peligros injustificados. La franquicia aprovecha la construcción de un buen nombre, el prestigio y el respaldo conseguido con años de empeño por otro comerciante, todo ello a favor de unos intereses propios, es decir que aquella persona que va a incursionar en un mercado (empresario nuevo), se aproveche precisamente del esfuerzo realizado por quien concede el privilegio o franquiciante –entendido este término como aquella persona natural o jurídica dueña de la empresa exitosa, que concede la explotación y beneficios a favor de otro, a cambio de una remuneración y bajo unos parámetros-entregando a cambio una comisión.

La franquicia, entonces, es de doble finalidad, es un contrato que busca la expansión de una empresa, pero también brinda la oportunidad a comerciantes novatos de incursionar sin mayores riesgos en el mercado. (Díez De Castro & Rondán Cataluña, 2004)

El contrato de franquicia, entonces, en términos generales se puede entender como un acuerdo de voluntades por medio del cual una de las partes (franquiciador) le trasmite a la otra (franquiciado) el uso de *know how* y de su propiedad intelectual, le cede el uso de marcas, logotipos y el saber hacer, bien sea para comercializar un producto o fabricarlo así como comercializar servicios a cambio de pagar una comisión o regalías respecto de las ventas efectuadas con el fin de explorar económicamente un negocio o empresa dentro de determinada zona o área geográfica. (Londoño Álvarez, 2005)

El contrato de franquicia, conforme lo anterior, es un acuerdo de voluntades fundado en el principio de la buena fe y en la libertad de contracción, que tiene como objetivo permitir que el dueño de un negocio exitoso (franquiciante) entregue a favor de otro (franquiciado), por un tiempo y dentro de un territorio, la explotación de dicha actividad (para que fabrique y/o comercialice un bien, un servicio o una tecnología), transmitiendo a este el *know how* (Londoño Álvarez, 2005), permitiendo el uso de derechos de propiedad intelectual, asistencia técnica y supervisión permanente, a cambio de una prestación económica, todo esto entendiendo que el franquiciado debe llevar el negocio conforme las directrices del franquiciante y existiendo entre ellos autonomía financiera.

La autonomía de la voluntad ha sustentado el contrato de franquicia, es la necesidad y los eventos que surgen alrededor del manejo de los mercados, los que han originado el comienzo de la franquicia.

Son los contratantes conforme el ejercicio de disposición de sus derechos y con fundamento en la máxima “que lo que no está prohibido se encuentra permitido”, quienes han constituido el concepto estudiado. La franquicia es un contrato atípico en tanto no existe consagración normativa del mismo, que busca entregar exclusividad (que gira en torno al territorio, oferta y aprovisionamiento), del franquiciante a favor del franquiciado, permitiendo una colaboración estrecha y continua entre las partes, para que exista identidad entre las empresas frente al usuario de la misma, pero también otorgando independencia económica entre los contratantes (es decir es autónomo el riesgo que asumen el franquiciante y el franquiciado).

La doctrina se ha encargado de establecer la forma en que se debe observar el fenómeno de la franquicia, para ello ha indicado que los

contratos atípicos deben ser observados a la luz de los principios generales del derecho, de la teoría general de los contratos y las obligaciones, la costumbre mercantil, la analogía, la jurisprudencia y conforme los parámetros contractuales.

Se debe recordar que la voluntad de las partes, la libertad de disposición que ellas tienen, no puede contrariar el ordenamiento jurídico, no puede ir en contravía de normas de orden público ya que esos preceptos son de obligatorio cumplimiento, son mandatos que no permiten su modificación, aclaración o corrección, por eso la franquicia, por ser un contrato atípico, deberá estar conforme a las exigencias generales de la ley, sin ignorar pautas forzosas de la legislación y sin incurrir en vulneraciones de la normatividad inexcusable: “El sistema de franquicia sigue su avance imparable en todo el mundo, tanto en los países más desarrollados comercialmente como en los que tienen unas estructuras comerciales más anticuadas.” (Díez de Castro; Navarro García; Rondán Cataluña & Rodríguez Rad, 2008)

2. EL CONTRATO DE FRANQUICIA: CARACTERÍSTICAS Y PARTICULARIDADES

El contrato de franquicia además de ser atípico, también es un acuerdo de voluntades compuesto o complejo, ya que dentro de sí - *para su ejecución* – trae otros contratos o figuras jurídicas, los cuales de igual forma deben ser considerados al momento de abordar el conocimiento de la franquicia.

Los elementos esenciales que identifican a la franquicia hacen que sea un contrato bilateral (por ambas partes tienen obligaciones que cumplir), oneroso (cada contratante queda gravado y obtiene utilidades), conmutativo (las prestaciones son equivalentes), consensual (se perfecciona con el acuerdo de voluntades) y de ejecución sucesiva (las obligaciones se cumplen durante todo el desarrollo del contrato).

Las obligaciones jurídicas que se observan en la franquicia son de naturaleza de dar y de hacer, deberá atenderse al ordenamiento privado conforme a lo estipulado para estos conceptos. También corresponderá tener en cuenta las normas de propiedad intelectual ya que gira la franquicia sobre derechos de índole inmaterial y el reconocimiento patrimonial (derechos de autor y propiedad industrial)

así como a las normas del Estatuto de Comercio, porque la franquicia es un contrato mercantil (sobre el cual se puede otorgar licencias de activo intangible, la transmisión de conocimientos y la experiencia tecnológica).

Es fundamental que la franquicia, para poder guardar identidad de empresa, implique, por parte de franquiciante, que la información que le ayudó y le habilita a mantener su negocio activo, exitoso y reconocido, sea transferida al franquiciado, con todos los conocimientos necesarios para la operación de la actividad comercial de manera triunfante. (Aké & Venegas-Martínez, 2009). De igual forma, se requiere pasar el nombre y/o marca distintiva de la empresa objeto de franquicia, realizar seguimiento de procesos, orientación de imagen, acompañamiento, capacitación, asistencia comercial y técnica, entre otras acciones importantes para el buen resultado del negocio planteado.

Dentro de los contratos que se gestan con la franquicia, porque ayudan a su consecución, se encuentran: la licencia de uso de marcas, la transferencia tecnológica y patentes, que logran que el activo intangible se preserve y con ello se consiga una expansión del mercado, con fundamento en la identidad empresarial. Es fundamental, entonces, que los franquiciados tengan las aptitudes necesarias para mantener el buen nombre y el prestigio de la empresa que origina la franquicia (hay que respetar marcas, nombres comerciales, emblemas, modelos de utilidad, diseños, en fin todo el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial derivado de la franquicia).

Dentro de los elementos ya establecidos que rodean el contrato de franquicia hay que determinar que en la práctica se convirtió en un contrato de adhesión, donde el franquiciante es quien elige los términos sobre los cuales girará la franquicia y el franquiciado tan solo deberá adherirse a esos criterios (Ayala del Rey, 2005).

Definitivamente se observa en su desarrollo la preponderancia y preeminencia de parte dominante sobre la débil. De otro lado, se ha convertido también en un contrato *intuitu personae*, es decir que la contratación se origina por las calidades especiales de ambas partes, pero en especial del franquiciado, ya que este debe demostrar sus atributos excepcionales, que lo diferencian de los demás, y lo convierte en el más apto para desarrollar la extensión de mercado del

franquiciante (se tendrán en cuenta aspectos económicos, administrativos y tecnológicos, entre otros)

El sistema de franquicia se identifica como un formato de comercio que contribuye a la modernización de las estructuras comerciales. En las últimas décadas, con independencia del grado de desarrollo, la franquicia presenta en todos los países del mundo un continuo avance en lo que hace referencia al número de enseñas y establecimientos franquiciados. (Díez de Castro; Navarro García; Rondán Cataluña & Rodríguez Rad, 2008)

Es fundamental, y por eso se recalca, que la franquicia debe traer consigo el carácter de autonomía. Este elemento particular hace que dicho contrato se diferencie de otros de índole comercial ya que se exige que el franquiciado desempeñe su función con independencia, sin subordinación jurídica y por riesgo y cuenta personal. Solo se dan una cooperación y prestaciones recíprocas para la obtención de los intereses personales de los contratantes, sin que se exprese igualdad de suerte en los negocios.

Con fundamento en lo anterior, hay que manifestar que no se puede confundir la franquicia con la agencia mercantil, ya que el agente promueve negocios por cuenta de otro y no hay autonomía entre los contratantes. Tampoco con el *Jointventure*, ya que las partes de manera conjunta, realiza un objetivo común por un tiempo determinado, compartiendo participaciones o responsabilidades (cosa que no se da en la franquicia). Y, mucho menos, con el contrato de colaboración, ya que el colaborador recibe una remuneración por su labor, ajeno a cualquier resultado.

3. LA FRANQUICIA: UN CONCEPTO JURÍDICO APTO PARA EL AVANCE DEL COMERCIO

“El contrato de franquicia es un contrato de ejecución sucesiva, en el cual el franquiciador sólo debe comunicar al franquiciado sus actividades de planificación y las labores de coordinación en relación con la franquicia.” (Navas Herrera & Mosquera Moreno, 2009) La ventaja primordial, conforme la naturaleza de dicho acuerdo, es precisamente el *know how*:

En este sentido, existe un acervo jurídico profuso, decantado, consolidado que orienta a los empresarios en el mundo de la franquicia. Por ejemplo, existen países como Bélgica, Francia, Italia, España y Grecia que cuentan con un régimen legal aunque también existen países como Alemania y Austria que carecen de una regulación específica sobre el particular. En contraste, existen países donde el marco jurídico es casi inexistente como en Colombia, o bien países que, como Vietnam, han dudado en adoptar un marco jurídico amable con la inversión Extranjera (Ibíd.)

Los beneficios de una adecuada aplicación de la franquicia giran en torno no solo de resultados económicos, al desarrollo del mercado y a la promoción de la expansión de empresa, sino también al desarrollo social de un territorio en especial, se crean posibilidades de trabajo y nuevas oportunidades comerciales. Se favorece la competencia porque se permite la inclusión de nuevos empresarios, posibilitando la diversidad y mayor inversión.

El éxito de una red de franquicias depende en gran medida del papel jugado por el franquiciador, pues este proporciona la imagen de la marca y se encarga de que su valor se mantenga y aumente con el paso del tiempo. Para ello, la empresa franquiciadora invierte en publicidad y promociones, asesora a los encargados de los puntos de venta y controla que éstos cumplan sus obligaciones. (Vázquez, 2005)

No se puede permitir, por ningún medio y sin ninguna excusa, colocar al franquiciado en estado de indefensión, no se puede permitir el abuso del derecho y posibles enriquecimientos sin causa. El franquiciante debe actuar de buena fe, transmitir todo el conocimiento y permitir el desarrollo normal de la franquicia, no puede ejercer actos de competencia desleal o aumentar con su actuar el riesgo normal de los negocios. Se deben evitar comportamientos oportunistas, ya que existen empresas que usan la franquicia para expandirse pero no tienen en su ejecución elementos de *know how*. (Arosemena Romero, 2005)

Por su parte el franquiciado debe mantener la confidencialidad de los conocimientos suministrados, no puede dar a conocer los secretos profesionales, tampoco realizar una doble contabilidad para entregar menos regalías y, mucho menos, atentar contra el prestigio y buen nombre el franquiciante. De igual manera, su comportamiento debe

ser ético y no aprovecharse del material entregado, del *know how* para instaurar una empresa propia ajena a la franquicia. (Feher, 2011)

Además de respetar las normas legales que se ajustan a la franquicia, las cláusulas contractuales establecidas por las partes y demás parámetros normativos, hay que procurar en Colombia optar por normas éticas (Díez De Castro & Rondán Cataluña, 2004), como lo consagró la Comunidad Europea (asociación de franquicias), mediante el código deontológico, buscando el patrocinio de buenas prácticas en la relación de los contratantes.

4. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL FRANQUICIATARIO QUE EJERCE LA DISTRIBUCIÓN EXCLUSIVA FRENTE A LAS IMPORTACIONES PARALELAS

Lo primero que debemos abordar en este momento es el concepto de distribución exclusiva dentro del contrato de franquicia. En el contrato se establece, a favor del franquiciatario, una zona sobre la cual ejercerá su negocio con la indicación de que este no comercializará los productos o servicios cedidos en franquicia en un sitio distinto al señalado y no entregará a terceros franquicias que atenten contra dicho postulado, todo buscando constituir una zona de exclusividad para evitar la competencia territorial. (Torrubia Chalmeta, 2010)

La franquicia como contrato fundado en la contraprestación exige al franquiciatario igualmente, ante la aplicación de la distribución exclusiva, que él a su vez no incurrirá en la negociación o manejo de otras marcas diferentes en la misma categoría concedida por el franquiciador (Gallástegui Armella, 2012). De igual manera la distribución exclusiva tiene grados o matices, podría generarse el compromiso de forma propia o directa del franquiciador con su contraparte, más no de los demás franquiciatarios, pero también podría partir el acuerdo de todos los intervinientes en la red de comercialización, donde se efectúe un pacto de no intervención.

El mercado global se encuentra bajo presupuestos de legalidad, pero de igual forma se sustenta en intervenciones ilícitas, estas últimas cometidas no solo por terceros sino también en algunas ocasiones con apoyo del franquiciador, quien promociona, para la expan-

sión de su negocio, intervenciones en mercados de forma irregular. El agotamiento de la marca se da con la primera venta como lo señala la doctrina:

Los derechos de explotación comercial sobre un producto dado finalizan con su primera venta. En consecuencia, el principio del agotamiento del derecho de marca presupone el reconocimiento de que el derecho exclusivo del titular de la marca se agota en relación con un producto comercializado cuando el mismo es lícitamente introducido en el mercado por el mismo titular o por un tercero con su consentimiento. (Vásquez, 2007)

El agotamiento se produce de forma regular (mediante una red oficial) e inclusive con el agotamiento de esa prerrogativa por parte del titular del producto o servicio cuando efectúa una comercializado ilegal, ya que realiza gestiones para introducirse ilícitamente en el mercado o para que un tercero lo haga por él.

Conforme a dicha situación, si se da el agotamiento al derecho de marca se debe estipular que no se pueden impedir las importaciones y estas podrían ser de índole paralela, es decir, productos o servicios que se comercializan por fuera del canal de distribución del empresario donde un tercero no autorizado por el productor importa bienes para la reventa y el problema se genera cuando dicho acto coincide con el territorio donde se desenvuelve el franquiciatario que tiene un acuerdo de exclusividad.

El movimiento del mercado, a partir del agotamiento del derecho de marca, indica que las importaciones paralelas no pueden ser impedidas bajo el presupuesto del establecimiento en el contrato de franquicia de la distribución exclusiva. Eso significa que la relación entre las partes del contrato de franquicia no afecta ni mucho menos incide en el comportamiento asumido por el tercero comercializador, quien a la par está manejando un producto igual (totalmente original), con la misma calidad, pero a menor precio.

El canal de distribución, ante la aparición de importaciones paralelas, cuando el franquiciador no ha participado de su concreción, queda exento a su control, significando que simplemente se está originando con la importación paralela una concreción de principio de libertad de mercados y derecho de la competencia puesto que se generarán mejores precios que favorecen al público (cliente), pero tam-

bién al fabricante porque este verá su producto en ejercicio de expansión. Pero, independientemente de ese resultado favorable para un sector, en contraposición se observa los daños causados al franquiciatario quien ve disminuidas sus ganancias y proyección comercial.

En Colombia, conforme a las decisiones tomadas dentro del desarrollo de la CAN, también con fundamento en los principios derecho privado (autonomía de la voluntad, buena fe y libertad de contratación), las importaciones paralelas se encuentra totalmente permitidas siempre y cuando el producto cumpla con un ingreso legal al país, es decir, que el importador paralelo haya gestionado con aduanas toda las exigencias pertinentes, así como el cumplimiento de no modificar o descomponer las características del producto durante su comercialización. (Vásquez, 2007)

Así las cosas, no se puede expresar que exista un problema desde el agotamiento de la marca, simplemente se observa que dicha circunstancia atenta contra los derechos del franquiciatario, ya que este es la parte que ve sus prerrogativas disminuidas con el fomento de las importaciones paralelas.

Es por eso que como medida para evitar perjuicios, al franquiciatario le queda abierta la posibilidad de reclamar ante la justicia ordinaria una posible responsabilidad extracontractual (reclamación de resarcimiento de daños y perjuicios), por irregularidades dentro de la importación paralela que afecta sus intereses; así como la acción de competencia desleal y la sustentación de un enriquecimiento ilícito o sin causa.

Por lo tanto, el efecto principal es que el agotamiento del derecho trae para su titular la pérdida del control sobre las distribuciones posteriores que se lleven a cabo sobre el mismo bien, pues una vez este se inserta en el mercado, se entiende agotada la posibilidad de impedir la comercialización y distribución del mismo. (Vásquez, 2007)

Las importaciones paralelas se encuentran permitidas, hay libertad de mercado y de competencia (se promueve el equilibrio), pero dicho ejercicio debe fundarse, como cualquier otra actuación, en la normas vigentes y en el ordenamiento jurídico. La actuación frente a las importaciones paralelas debe ser totalmente expresada en la buena fe y acatando – por supuesto – los parámetros legales, porque

de no cumplir con ello se puede solicitar tanto a organismos judiciales como administrativos la aplicación de medidas que garanticen la protección del afectado, es decir del franquiciatario.

Colombia no puede permitir prácticas que afecten el comercio, tampoco medidas que falseen la competencia y el mercado, ni puede promocionar situaciones irregulares provenientes de comerciantes que se dedican a las importaciones paralelas de forma furtiva, sin respetar y cumplir las normas nacionales (Pérez Martell, 2006). De igual forma, se encuentra prohibido permitir que el franquiciador, ante prácticas de engaño que vulneran la buena fe contractual, maneje de forma clandestina relaciones a la par que atenta contra los derechos de la contraparte (franquiciatario), promocionando importaciones paralelas ilícitas, al respecto se ha señalado que:

Actualmente, los tribunales consideran que el franquiciado es un profesional a quien atañen sus ganancias y no debe mirarse como una parte débil frente al franquiciador. No obstante, sostiene la jurisprudencia que este último, en desarrollo del principio de la buena fe, debe informar plenamente sobre la naturaleza de la franquicia y su rentabilidad. (Navas Herrera y Mosquera Moreno, 2009)

Dentro del contrato de franquicia con distribución exclusiva es obvio que se debe observar que dicha prerrogativa no atente de ninguna forma en contra del derecho a la competencia o se vulnere el mercado y las fuerzas competitivas. La concesión de exclusividad territorial evita que el franquiciador abra nuevos puntos de ventas propios o conceda más franquicias dentro del área de preferencia entregada al franquiciado. (Sánchez, Suárez & Vásquez, 2008)

Dicha exclusividad debe ser entendida como el ejercicio de libertad entre los franquiciados para venderse entre sí dentro de un mercado único y que puedan vender a cualquier consumidor (Rojas Quiñones, 2010), se fija en la restricción que el franquiciado fuera del área fijada desde el contrato mismo no puede buscar clientes, pero estos consumidores a él si le pueden comprar por fuera de los límites expresados (zona de influencia de la franquicia) en este sentido el Reglamento CEE 4087/88 de la Comunidad Europea afirma que:

(...) el presente Reglamento debe definir las obligaciones restrictivas de competencia que pueden estar comprendidas en los acuerdos de franquicia. En particular, es el caso de la concesión de un

territorio exclusivo a los franquiciados, en combinación con la prohibición de buscar activamente clientes fuera de dicho territorio, lo que les permite concentrar sus esfuerzos sobre el territorio que les ha sido atribuido (...)"

La franquicia no puede contener acuerdos colusorios, no puede restringir la competencia causando daños a los consumidores:

La existencia de competencia es garantía del funcionamiento correcto del mecanismo contractual y, por lo tanto, de que la libertad económica de los individuos sea real, en la medida en que la existencia de competidores permiten al consumidor rechazar una oferta que no le conviene y acudir a los competidores para satisfacer su necesidad o deseo. (...) Con los acuerdos verticales no pasa eso. Los acuerdos verticales no son – por definición – acuerdos *entre competidores*, sino acuerdos entre empresas situadas en distintos niveles de la cadena de producción y distribución de los productos y servicios y esta diferencia es fundamental porque, económicamente, los acuerdos horizontales son acuerdos entre empresas que producen bienes o servicios *sustitutivos entre sí*, mientras que los acuerdos verticales son acuerdos entre empresas que producen *bienes o servicios complementarios* entre sí. Con lo que se reconoce que los acuerdos verticales no tienen por objeto generar poder de mercado mediante la coordinación de la conducta de los competidores. (Águila Real, 2003)

Y lo anterior porque dicha exención (distribución exclusiva), no puede aplicarse a costa de suprimir la competitividad del mercado. Pero también hay que tener claro que el franquiciatario no tiene por qué soportar actuaciones sustentadas en la mala fe que atenten contra sus derechos, bien de parte del franquiciador o de terceros que promocionan las importaciones paralelas de manera ilícita. Como parte y sujeto afectado deberá reclamar por vía judicial o administrativa la protección de sus prerrogativas, eso sí sin buscar beneficios que atenten contra el equilibrio del mercado. (Díez De Castro & Rondán Cataluña, 2004)

Los mecanismos de protección a favor del franquiciatario que interviene en una distribución exclusiva, porque el mismo es objeto de una vulneración frente a la presencia de una importación paralela sobre la cual se puede expresar su ilicitud o un atentado directo respecto de la competencia (por tener elementos de deslealtad), se ubica

ante organismos como la Superintendencia de Industria y Comercio que debe salvaguardar el equilibrio del mercado, así como ante la jurisdicción que deberá dirimir el litigio puesto a consideración, con fundamento en el acervo probatorio aportado, dentro de una acción de responsabilidad extracontractual (tercero que realiza la importación paralela) y en algunos eventos en la modalidad contractual (derivada directamente del contrato de franquicia), esta última por la intervención sustentada en la mala fe del franquiciador cuando este promociona, con sus medios, importaciones paralelas irregulares y que atentan contra el orden legal.

La acción ante la Superintendencia será declarativa y de condena, acción que buscará la determinación de la ilegalidad de la importación paralela para que se ordene al infractor modificar su actuar, removiendo todo acto reprochable e indemnizando los perjuicios causados.

Así mismo (ese organismo de corte administrativo que asume en ciertos momentos unas funciones judiciales), podrá conocer de acciones preventivas o de prohibición, es decir que en su calidad de garante del equilibrio del mercado podrá solicitar al juez que evite la conducta anormal que aún no se ha presentado, precisamente con la finalidad de evitar posibles daños.

Conforme lo anterior podrán obtenerse, bajo el amparo de los organismos señalados (Superintendencia de Industria y Comercio, así como la Jurisdicción), medidas de protección, imposición de multas, sanciones y el resarcimiento de perjuicios.

CONCLUSIONES

La Franquicia es una figura jurídica que no tiene gran desarrollo normativo, es un campo del derecho que se encuentra en proceso de exploración, apenas se dan los primeros pasos para su avance y perfeccionamiento. De igual forma, hay que tener presente, que es un contrato que para su adecuada aplicación requiere que se estructuren otras formas legales a su vez, es decir es un contrato que tiene dentro de sí varias representaciones normativas ajustadas a derecho que también se deben estudiar.

Es un negocio jurídico complejo, como tal deben las partes ser claras ante el establecimiento de las cláusulas que los van a gobernar, con la finalidad de hacer un ejercicio adecuado sobre la explotación económica de la marca que se va a comercializar. Necesariamente se debe garantizar por sus características propias a dicha negociación el respeto de normas de propiedad intelectual.

El respeto del derecho de marca y de exclusividad es esencial. De igual forma, que se promocióne la competencia, la libertad de mercado y la generación de opciones para el consumidor final, pero así mismo se debe propender porque el franquiciado se encuentre en constante protección de sus derechos, que no permita vulneraciones de terceros e inclusive del franquiciante que actúa de mala fe ante la implementación de importaciones paralelas prohibidas y totalmente proscriptas.

El problema de investigación se aborda desde el contrato de distribución exclusiva (una modalidad de franquicia), buscando la forma cómo se puede generar un moderación y armonía entre esa prerrogativa y el ejercicio de la libertad de competencia ante la aparición de importaciones paralelas que perjudican los intereses del franquiciatario. Es claro, por el abordaje tomado, que se encuentra totalmente permitido que exista en el mercado una oferta que garantice los derechos de los consumidores, lo que se aclara es que esas importaciones paralelas se pueden dar en dos campos diferentes y con incidencias distintas. El primero consideraría a las importaciones paralelas como un medio para promocionar la competencia (circunstancia legal) y el segundo las entiende como prácticas irregulares irregular, sin sustento en el ordenamiento jurídico colombiano, que por ello devienen en ilícitas, en este último caso se debe propiciar los mecanismos adecuados de protección de los derechos del franquiciatario.

Si los productos ofertados por el tercero que realiza la importación paralela no cumple con las exigencias tributarias, todo ello girando en torno a la entrega de un precio sensiblemente menor al que entrega la persona favorecida con la franquicia, efectivamente se está generando una circunstancia que atenta contra los derechos del franquiciatario de manera directa e injustificada, ya que ese comerciante encargado de la importación paralela ha ejercido su actividad vulnerando las normas imperantes en el país encubriendo su actuar

en una falsa legalidad porque no acata el pago de gravámenes y demás cargas que exige la distribución normal del bien.

Ejemplo de esos inconvenientes que constantemente se presentan en la realidad son: la comercialización de productos falsificados (casos que no revisten mayor complejidad porque han sido abordados desde el ámbito penal) y que se importen productos originales y se comercialicen dentro del territorio, este es el punto precisamente controversial ya que las medidas tomadas en tal sentido son exiguas, casi inexistentes.

Se deberán analizar en cada caso en cuestión las circunstancias particulares y, mediante medios probatorios idóneos, establecer ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales las garantías radicadas en cabeza del franquiciado, que no se le vulnere su derecho por medio de comercializaciones de terceros estructuradas en la competencia desleal, la mala fe y en procedimientos ilícitos.

Para evitar el quebrantamiento patrimonial del franquiciatario, debido a la competencia que se le presenta respecto de quien se encuentra ofertando el mismo producto, pero que lo está haciendo de manera irregular, hay la posibilidad de plantear la realización de acciones administrativas de naturaleza preventiva y de prohibición; así como acciones judiciales para la declaración y condena en la búsqueda del resarcimiento de perjuicios (podrían ser de índole extracontractual frente a los terceros que ilegalmente realizan ejercicio de importaciones paralelas o contractual respecto del franquiciante que promociona dicha vulneración).

Por eso ante la aparición de importaciones paralelas que van en contravía de la distribución exclusiva de una marca (franquicia), generada indiscutiblemente en un comportamiento ilegal (porque no se estructura esa situación en la representación del derecho de competencia, sino precisamente en la vulneración del mismo y tampoco se sustenta en la libertad de mercado), la obligación es eliminar para el franquiciatario el perjuicio que le infiere ese tercero (que no asumió la normalización de la mercancías, que no ha incurrido en aranceles ni cancelación del IVA o no efectuó el manifiesto de los bienes ingresados evadiendo obligaciones y responsabilidades).

Entonces se debe suprimir el perjuicio en tales condiciones y se debe ordenar por las autoridades su reparación, pero también se debe tener en cuenta (conforme la teoría general de la responsabilidad), la concurrencias de culpas, por eso el franquiciatario debe siempre mantener una postura conforme la ley sin incurrir en falencias que llevan a la pérdida de la protección reclamada.

Es complejo el tema propuesto, ya que trae consigo varias barreras que se deben desentrañar, como lo es la falta de estatutos o normas vigentes que regulen de manera adecuada dicho concepto. De otro lado, la multiplicidad de acuerdos y obligaciones que se adquieren con el convenio, el poco conocimiento que se tiene de la franquicia dentro de los despachos judiciales obteniéndose sentencias o decisiones erróneas (una vulneración innegable de la administración de justicia), circunstancias de desequilibrio entre las partes, una posible transgresión de la competencia de mercados, el poco perfeccionamiento de los medios de protección y de indemnización, etc.

REFERENCIAS

- Águila Real, J. (2003). La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia una concepción privatística del derecho antimonopolio. *Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid*.
- Aké, S., & Venegas-Martínez, F. &. (2009). Un modelo de optimización estocástica para la valuación de una franquicia: un enfoque de opciones reales. *Análisis Económico*, 24(57), 7-29.
- Arosemena Romero, M. (2005). El contrato de franquicia de distribución exclusiva: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y de la libre competencia en la Unión Europea. *Universidad Carlos III*.
- Ayala del Rey, M. (2005). Situación actual de la franquicia en Colombia. *Revista de la Escuela Colombiana de Ingeniería*(60), 47 – 54.
- Díez De Castro, E. & Rondán Cataluña, F.J. (2004). Investigación sobre la franquicia. *Investigaciones Europeas de Dirección y de Economía de las Empresas*, 10(3), 71-96.
- Díez de Castro, E. C.; Navarro García, A.; Rondán Cataluña, F. J. & Rodríguez Rad, C. J. (2008). Unidades franquiciadas vs. propias en el sistema de franquicia: una investigación empírica. *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, 14(2), 185-210,.

- Feher, F. (2011). El ABC de las franquicias maestras. *Entrepreneur*, 68-72.
- Gallástegui Armella, J. (2012). Las claves del contrato de franquicia. *Entrepreneur*, 74-78.
- Londoño Álvarez, M. F. (2005). El contrato de franquicia internacional en Colombia. *Foro del Jurista*.
- Navas Herrera, M. & Mosquera Moreno, A. (2009). El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador. *Vniversitas*(119), 279-304.
- Rojas Quiñones, S. (2010). La responsabilidad del franquiciador ante terceros clientes del franquiciado: responsabilidad por el hecho de otro. *Universitas Estudiantes*, 311-357.
- Sánchez, R., Suárez, I., & Vásquez, L. (2008). El diseño contractual de la relación de franquicia. *Universia Business Review*(019), 60-83.
- Torrubia Chalmeta, B. (2010). El contrato de franquicia. *Cuadernos de Derecho y Comercio*(54), 297-335.
- Vásquez, J. E. (2007). El agotamiento del derecho de marca. *Opinión Jurídica*, 6(012), 123-137.
- Vásquez, L. (2005). Las compensaciones en las relaciones de franquicia. *Revista de Economía Aplicada*, XIII(38), 111-122.