

# EL CONTROL CONTRACTUAL FRENTE A LA SUBORDINACIÓN NEGOCIAL DEL GRUPO EMPRESARIAL\*

*The Contractual Control against the Subordination of the  
Business Group Bargaining\**

Eduardo Salgado Figueroa\*

**Fecha de Recepción:** Noviembre 3 de 2014

**Fecha de Aceptación:** Noviembre 10 de 2014

**Sumario:** 1. Introducción; 2. El grupo Empresarial como desarrollo de la libertad de empresa, a. Distribución, b. Concesión, c. Franquicia, d. Agencia; 3. Conclusiones; 4. Referencias bibliográficas.

---

\* Producto del proyecto de investigación de la línea Derecho y Sociedad del Grupo de investigaciones Sociales y jurídicas de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en convenio con la Universidad de Medellín, titulado: El Control contractual frente a la subordinación negocial del grupo empresarial iniciado en junio de 2013 y terminado en enero de 2014 en el cual el autor participó en calidad de Investigador Principal.

\*\* Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá). Abogado y especialista en derecho comercial de la Universidad Libre (Cartagena). Docente de la facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco en convenio con la Universidad de Medellín. Coordinador Administrativo de la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín en convenio con el Tecnológico Comfenalco en la ciudad de Cartagena. edsaf@hotmail.es

## COMO SE CITA ESTE ARTÍCULO (APA 6)

Salgado Figueroa, E. (2015) El control contractual frente a la subordinación negocial del grupo empresarial. (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, VII (13), pág. 64-78

## RESUMEN

En el presente escrito se analiza cuál de los controles nacidos de ciertos contratos de colaboración e intermediación, genera la llamada subordinación como elemento esencial para la creación de un grupo empresarial en Colombia. Para el efecto, se estudia la figura del grupo empresarial, la subordinación y los contratos que se comprenden como canales de comercialización; se analizan, también, las figuras de distribución, concesión, franquicia y agencia mercantil; además, se hace referencia a los controles derivados de estos negocios mercantiles, y se concluye con la formación de la subordinación en el grupo empresarial por razón de la celebración de algunos de los contratos aquí planteados.

## PALABRAS CLAVE

Grupos Empresariales, concesión, franquicia, agencia, control, dominio.

## ABSTRACT

*In this paper we analyze which of the controls born to certain partnership contracts and brokerage, generates the call subordination as essential for creating a business group in Colombia element. To that end, the figure of the business group, subordination and contracts are understood as marketing channels is studied; They are also analyze the figures distribution, concession, franchise and commercial agency; also refer to the controls derived from these commercial business is done, and concludes with the formation of subordination in the business group because of the celebration of some of the contracts raised here.*

## KEYWORDS

*Business groups, concession, franchise, agency, control, dominion.*

---

<sup>3</sup> Parte de la doctrina de Derecho Internacional Público coincide con denominar a las normas de orden público internacional como normas de *ius cogens* inderogables por la voluntad de las partes. La importancia de tales normas radica en velar por la seguridad colectiva verbigracia las normas sobre el medio ambiente, derecho de la guerra, derechos humanos, DIH etc.

## 1. INTRODUCCIÓN

En la relación empresarial contemporánea se necesita la coordinación y la colaboración empresarial para crear economías capaces de competir en los mercados tanto internacionales como locales; ni se diga de los grupos empresariales tan necesarios en la globalización y en la propagación de las economías en escala. Ahora bien, ¿serán los sujetos activos, es decir comerciantes, empresarios o sociedades, capaces de emprender un control más allá del asignado a su propia figura?.

Es importante realizar este estudio sobre el ejercicio del control en la administración de la sociedad frente contratos de colaboración y de intermediación mercantil, por manera que al desarrollar el control contractual derivado de la celebración de dichos contratos, podremos entender cuál de estos negocios tienen la potencia suficiente para insuflar dominación en la administración de las sociedades y generar la subordinación para un posible grupo empresarial del que trata el Artículo 27 de la Ley 222 de 1995 en su numeral tercero. Para ello se delimita el campo de investigación a los contratos de distribución, concesión, franquicia y agencia mercantil. La problemática antes planteada origina un estudio descriptivo de los diversos negocios jurídicos que hacen plena conexión con el problema expuesto.

El texto se organiza de esta manera: Primero se verá el desarrollo del grupo empresarial a partir de la libertad de empresa. En segundo lugar el desarrollo conceptual del grupo empresarial y sus elementos principales. En tercer lugar se observan cada uno de los negocios tales como la distribución, concesión, franquicia y agencia mercantil, para finalizar con las conclusiones.

## 2. EL GRUPO EMPRESARIAL COMO DESARROLLO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Cabe decir que la constitución Colombiana permite la libertad de empresa, y es clara en decir en Artículo 33 que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. Por la cual los particulares pueden, como a bien tengan, realizar sus actividades económicas, y el ordenamiento jurídico se ha encargado de brindarle un abanico de posibilidades para su escogencia, tales como las pequeñas y medianas empresas; la empresa unipersonal; las sociedades regidas en Libro segundo del Código de Comercio Colombiano y por supuesto la de que se regula en la ley transversal 1258 de 2008 y que no le resta eficacia a ninguna de las anteriores, la Sociedad por Acciones Simplificada.

Ante todo, en este mundo regido ya por la actividad empresarial globalizada, es necesario comprender como se orientan las grandes economías y porque dirección se mueven, y es cuestión de voluntad aplicada para adaptarse a esta dinámica, puesto que de no ajustarse a los requerimientos jurídicos para formar y darle existencia a las distintas entidades jurídicas, de nada serviría para las metas que un empresario quisiera alcanzar. Es por ello que se coloca de manifiesto la intención de las grandes empresas conglomerarse con otras empresas, o tomar simplemente el ejemplo de empresas que ya están bajo el dominio de otras personas sean jurídicas o naturales.

Es diciente saber que las posibilidades están reguladas y hacen parte integrante de la constitución económica del país como lo menciona la Sentencia C-265 (1994), en otras palabras, no se trata de consagrar el principio del "*Laissez faire, laissez passer*". Por eso 'la dirección general de la economía estará a cargo del Estado'. Por lo anterior, también se ha reiterado constantemente que la libertad de empresa es parte del ordenamiento jurídico como soporte de la economía de mercado y claramente lo expresa la Sentencia C-535 (1997) de la Corte Constitucional: la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores.

Según la Sentencia C-1008 (2008), la libre competencia constitucional, actúa como otro de los soportes, así se corrobora en la Sentencia C-535 (1997) que señala que la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores. Más adelante sigue expresando Cuervo (2008), que "no existe una barrera inquebrantable a la intervención del Estado, ya que el mismo texto de la Carta admite límites a estas libertades en atención al "bien común" y al "interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, en los términos que señale la ley. En el caso de la libertad de empresa, la norma superior reconoce que ella tiene una función social que implica obligaciones, y para el caso de la libre competencia económica, indica que es un derecho constitucional que supone responsabilidades. Componentes particulares dentro de la estructura de la norma constitucional que sostiene la economía y su naturaleza principal.

La participación entre sociedades en una misma dirección y propósito suponen una actividad dirigida en conjunto, para la cual se establece la figura del grupo empresarial como el encaje perfecto para reunir las distintas situaciones que podrían presentarse y enlazarlas en el mismo propósito y recorrido de las distintas sociedades.

## **2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL GRUPO EMPRESARIAL**

Esta figura es entendida y estudiada en muchos países y tienen características generales similares, veamos: (I) Siempre estará constituida por sociedades, más allá que la norma mercantil nacional le dé amplitud a que la sociedad matriz pueda ser persona natural o inclusive persona jurídica que no tenga carácter societario. (II) No genera una persona jurídica y esto no quiere decir que su constitución sea libre, pues la Ley 222 de 1995 trae consigo lo relativo al informe especial en juntas de carácter ordinario, y eventos de registro en la cámara de comercio al tiempo de conformarse el control y a más tardar a treinta días desde que se generó, en la circunscripción de cada una de las vinculadas. (III) Se debe presentar el registro del grupo empresarial para hacerlo oponible a terceros y beneficiar a los posibles inversionistas que por causa de su creación, lo hayan atractivo. Finalmente, se tiene que manifestar un control que circunscriba una fuerza dominante ante las filiales y subsidiarias, y que exista la unidad, sea para la visión económica traducida a efectos contables –presentación de estados financieros del grupo- o sea para la toma de decisiones que beneficien la organización en conjunto.

En efecto, las definiciones varían de acuerdo a la legislación en que se presente, como lo menciona el Grupo de trabajo de la V Comisión de la Naciones Unidas (2006), en tanto que cada país va

realizando sus avances y ajustes, Colombia hace lo propio. Es preciso, por lo tanto, saber qué es lo que se entiende en el ámbito jurídico Colombiano como un grupo empresarial, el cual se define, según el Artículo 28 de la ley 222 de 1995 de esta manera:

Habrà grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas. “Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.

Lo que se interpreta de la norma anterior es que tienen que concurrir varios requisitos o elementos, obligatoriamente, para dar existencia a un grupo empresarial, descollando de manera principal la subordinación y luego la unidad de propósito y dirección, para el cual la misma norma transcrita se encarga de definirla de manera puntual y clara, por medio de la cual el *holding* concreta el perfil o finalidad de objetivos y metas que el conjunto de sociedades van a seguir a partir de la dirección que aquella demarca, sin perjuicio de la práctica esencial que cada sociedad conformante del grupo, haga en el empleo de sus objetos sociales particulares.

La subordinación, es un elemento importante para la conformación de esta figura, tanto que de no registrarse el mismo como tal en la cámara de comercio, la ley impone presunciones, las cuales marcan los inicios, en el evento que se cumplan todos sus requisitos como lo establece la norma, para la existencia del grupo empresarial. Así el Consejo de Estado sostiene en Sentencia N° 8 (2010) que las normas distinguen entre “*situación de control*”, entendida como simple subordinación entre dos o más entidades, y “*grupo empresarial*”, figura que implica tanto subordinación como unidad de propósito y dirección. Pese a ello, ambos conceptos comparten una particularidad, cual es que su configuración no está sujeta a declaración por parte de autoridad alguna, sino a la simple ocurrencia de los supuestos de hecho determinados por la ley.

Es en este punto que las pautas que se estipulan como presunción de subordinación son importantes a la hora de perfilar una mega organización económica en un grupo empresarial, y es desde aquí que se encuentra, entre otras, la presunción de existir un control basado en un acto o negocio que sea capaz de ejercer tal fuerza dominante que conlleve a dirigir el grupo con propósitos bien claros.

Es preciso destacar los presupuestos de conformación del grupo empresarial, por lo que es menester conceptualizarlos así:

a.) *La unidad de propósito y dirección.* Se entiende como la concreción de una finalidad impuesta por la sociedad holding ante sus subordinadas, las cuales deberán seguir, a partir de la dirección emanada de aquella, los objetivos trazados por la meta propuesta.

Manóvil (1997) citado por Montiel (2009), al respecto afirma, que la dirección unificada, como fuente de organización interna de la empresa, se manifiesta en formas múltiples y con grados diversos de intensidad: puede consistir en la mera determinación de los principios de política económica empresarial del grupo a través de la definición de los proyectos de financiación, de inversión y de investigación, o puede, más rígidamente, especificarse en concretas instrucciones impartidas a los órganos de gestión de la sociedad dependiente...está, en todo caso, preordenada a la realización de intereses y objetivos que trascienden los intereses y objetivos de las sociedades singulares que constituyen el grupo.

Ninguna de las filiales o subsidiarias podrán eximirse de re direccionar sus actuaciones con ocasión al objetivo perfilado, y tampoco podrán traspasar la capacidad enmarcada en el objeto social propio, es por ello que la matriz deberá respetar la autonomía que a cada sociedad del grupo le otorgue la ley y conforme a su organización jurídica incluir en sus políticas de objetivos directivas que sean acatadas sin traspasar los objetos sociales de sus integrantes. Este elemento, puede decirse, es tan explícito, que podría bastar para su total entendimiento leer lo prescrito en el Artículo 28 de la Ley 222 de 1995, pero más allá de lo que expresa la norma mercantil, se nota una amplitud en el concepto y para poder comprenderlo cabalmente se ha tratado de aterrizar el tema.

Se parte desde la óptica que cada parte del grupo empresarial es una sociedad distinta, las cuales, tienen su propio objeto, funcionando en torno a este y respetando los límites que se muestran en cada contrato social según la organización jurídica que se ha tomado; así se ha pronunciado en reiterada ocasión la superintendencia de sociedades y es lógico ya que este Artículo 28 antes mencionado, habla sobre “*objetivo determinado por la matriz*”, el cual escapa a veces en su justeza, ya que nada de estrecho tiene a la hora de compilar las situaciones que pueda abarcar.

b.) *Control o Subordinación*. Este elemento esencial es una aproximación al sistema económico empleado en el grupo de empresas, diferente de la dependencia que si es un concepto acercado a lo jurídico; tiene sus efectos, tal como la obligación de inscripción en el registro que se lleva en cámara de comercio y que lo debe realizar el representante legal de la matriz so pena de incurrir en sanciones y responsabilidades, por incumplir con los deberes de gestión que la ley les regula.

La subordinación está descrita en la legislación colombiana, pero valga decir que se trata de presunciones de hecho por parte de la ley, enunciaciones en todo caso, lo que implica que la matriz o controlante puede, por tanto, desvirtuar la asunción del control que se le está indilgando, acudiendo para ello a cualquier medio probatorio pertinente, capaz de ejercer la conducencia debida a la hora de entablar la certeza que el control no se ha ejercido por aquella.

El concepto abstracto de control societario que se acaba de mencionar encuentra contenido concreto en el Artículo 27 de la misma ley, que establece las denominadas *presunciones de subordinación*. Se trata apenas de tres supuestos facticos que permiten, en la práctica, determinar con criterios relativamente objetivos, cuando se considera que la autonomía de decisión de una compañía está supeditada a dominio de otra u otras personas. Dichos supuestos están definidos según el esquema de *presunciones*. I.R. Villamizar. (2006)

La Ley 222 de 1995 se refiere a la subordinación o control abstracto en tres presunciones –no definitivas- específicamente: Tener la matriz el 50% por ciento del capital directamente o indirectamente; tener la mayoría decisoria mínima en la junta de socios o en la asamblea general de accionistas, o tener la mayoría decisoria para elegir la junta directiva; y cuando directamente o por concurso con alguna subordinada en razón de un negocio o acto la controlada o sus socios, o alguno de ellos, estén dominados por la controlante en las decisiones que se tomen en el órgano de administración de la sociedad. Esta última causal es la que interesa a este estudio. Se pasará a llamar subordinación por acto o negocio. Valga decir en este punto que los órganos de administración de las sociedades son las juntas directivas; representantes legales; liquidadores; factores, etc. Así mismo la *Superintendencia de Sociedades* ha expresado que los administradores son los que tengan la facultad de contratar en nombre de la sociedad, cuando aquella ha sido otorgada en el contrato social. (Art. 22, ley 222 de 1995)

La administración es la que implica una gestión sobre el patrimonio de la sociedad comprendida en etapas que van desde lo económico hasta la jurídico, como cuando se ejerce la carga de contratar o asumir deberes jurídicos para dar cumplimiento al objeto social.

Los administradores son los que someten la actividad empresarial a políticas económicas y ejercen contratos en virtud del objeto social de las sociedades, y es a esto a lo que se le llama gestión de la función administrativa de la sociedad, pues la dirección le pertenece, como bien se sabe, a la junta de socios o a la asamblea general de accionistas. La defensa de los socios contra los representantes legales que incumplan con su deber se traduce en la acción de responsabilidad contra administradores. (Artículo 24, ley 222 de 1995)

La gestión administrativa en su ámbito económico patrimonial comprende ciertas etapas de organización, dirección, ejecución y control. El desarrollo de estos escalafones administrativos se sopesan una vez se celebren actos jurídicos que comiencen a soportar el engranaje de la actividad para la cual se creó la empresa. Estaríamos en presencia de la gestión administrativa en su etapa jurídica.

Al respecto, Ramírez (2001) es claro en decir que el contenido de la actividad de gestión o actividad administrativa es económico-patrimonial y de naturaleza funcional, ya que gracias a esta se lleva a cabo la finalidad de la sociedad La administración recae sobre un patrimonio y es imprescindible para la consecución del objeto social de la sociedad; por tanto se incluye dentro de esta a todos los actos que sean necesarios para la realización del mismo. Bajo esta finalidad se enmarcan diferentes clases de actos no solo de conservación del patrimonio sino también de disposición o de asunción de obligaciones exceptuando aquellos incluidos en la competencia de la Junta General. En primer lugar, es en esta variedad de actuación, consecuencia de la competencia general en materia de gestión y la finalidad a la que se orienta en donde en principio consideramos que se asienta el poder que posee el órgano administrativo sobre el destino económico de la sociedad”.

Digamos entonces que el control por vía de negocio jurídico de manera específica es: el poder de dominio que ejerce una persona jurídica aun sin carácter societario, sobre la gestión administrativa de una sociedad a razón de un acto o negocio jurídico, y por consiguiente podrá ser influyente en las

decisiones jurídico patrimoniales que se tomen en la organización y ejecución económica de la sociedad.

#### **a. DISTRIBUCIÓN**

La distribución es, dentro de un análisis particular para cada uno de los contratos de colaboración, una especie de género, debido a que tiene elementos en común con otras figuras como la concesión y el *franchising*, tales como el suministro de productos y una determinación de zona geográfica en el marco del mercado donde se quiere adentrar. Así, a nuestro modo de ver este contrato es indispensable, en principio, para entender de manera más amplia los demás, que por razones de estricta tecnicidad, protección de métodos de comercialización y *know how*, requieren de una mayor observancia por parte del productor o fabricante. La distribución, bajo este entendido, se define como un contrato de colaboración mercantil atípico e *intuito personae* en virtud del cual un determinado empresario –distribuidor- se compromete de forma duradera en el tiempo frente a otro –proveedor- a adquirir un volumen determinado de productos para revenderlos en nombre propio y por su cuenta y riesgo, en términos de exclusividad o no, debiendo, en su caso, seguir las instrucciones cursadas por el principal que, sin afectar a su independencia, le sean cursadas por este por los que respecta al desarrollo de las actividades de promoción que correspondan. (Fontcuberta, 2009)

La subordinación contractual comprende la obligación del distribuidor seguir las instrucciones sobre cómo seguir al consumidor además de mantenerlo; establecer las estrategias de inserción al mercado; mantener un *stock* de mercancías y todas las demás que van ligadas a la realización global del *marketing* de la red que se conforma.

Es así como podemos decir que la promoción, es en gran porcentaje, una obligación que abarca una importancia nuclear en este contrato. El fabricante por virtud de esta se obliga a crear la promoción, coordinarla. El distribuidor se obliga a ejecutarla, según las instrucciones del productor, con la finalidad fundamental de crear clientela y llevar el producto final al consumidor. No en vano se puede decir que la integración va de la mano a dicha promoción, pues entre más delegación en ejecución de la misma al distribuidor, mas instrucciones e integrada la red se verá entre las partes, por ende mas control desde el mismo punto de vista. Esto pues, vas más allá de la transferencia de dominio de los productos, como quiera que los mismos siempre le pertenecerán al distribuidor y no al fabricante, teniendo como máxima, la obligación de promocionarlos, pero dejando a su arbitrio toda la puesta a punto de la estrategia, venta, inserción de mercado y colocación de productos. Se manifiesta que la atipicidad baña este contrato, ya por no tener regulación suficiente dentro nuestro ordenamiento jurídico.

#### **b. CONCESIÓN**

El contrato de concesión comercial es un derivado clasificado de la distribución, que a nuestro modo de ver aunque no sean los mismos jurídicamente comparten ciertas características. La concesión comprende más obligaciones agregadas, impuestas al concesionario, de una manera más controlada y que conlleva a una integración más rígida entre las partes.



Se define como el otorgamiento de suministro de productos en exclusiva, dado por el concedente al concesionario, quien se lucrará, obteniendo sus beneficios a partir de la reventa de los mismos, sacrificando como contraprestación determinada, su autonomía económica para el beneficio de la red de distribución. Según *Farina* (2005) como aspecto destacable, el concesionario actúa por cuenta propia y tiene autonomía en el manejo de sus negocios, asumiendo la obligación de organizar la distribución y venta, en el mercado, de los productos del concedente. Pero no se limita a eso; el concesionario se obliga, además, a cumplir con ciertos requisitos considerados esenciales por el concedente: tener un local adecuado, atender al público durante un horario mínimo, encarar la publicidad dentro de las directivas generales, necesidad de contar con un *stock* de repuestos, ofrecer a la clientela un servicio de mantenimiento y reparación, límites mínimos de venta, elevar informes periódicos a la concedente, etcétera. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos puede determinar el retiro de la concesión.

Con la tecnicidad de la concesión el concesionario está obligado a prestar varios servicios que previamente contrató con el concedente, entre los cuales podemos decir que están los servicios de postventa, la asesoría técnica al cliente, la unificación de precios del producto; la venta del producto con utilización de la marca, etc. Estas obligaciones comúnmente se ven más que todo en concesiones que tienen como objeto la venta de automóviles, en donde su proficua aceptación ha dejado grandes réditos y señales de buen negocio para los empresarios locales y extranjeros.

Sin embargo, es importante mencionar que para *Champaud* (1963), la concesión es la convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, para asegurar exclusivamente, sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos de los que se le ha concedido el monopolio de reventa.

Como corolario de lo anterior se coloca de manifiesto que el control ejercido por parte del concedente en las estrategias de promoción, ventas, precios y demás prestaciones a cumplir por parte del concesionario, origina una subordinación económica y técnica, mas no jurídica, pues este es de los contratos de colaboración empresarial, los cuales están marcados por la autonomía e independencia de las partes en ellos, pero también cabe destacar que la integración es más rígida que la que se desprende del contrato de distribución, dado que como es conocido, este negocio jurídico es también de los de adhesión, estimando así la ocurrencia de las llamadas cláusulas leoninas y el abuso del derecho, que obviamente tendría que pasar a demostrarse, pero en su tipicidad social, es de gran usanza este tipo de coordinación impuesta por el concedente, si bien para la protección de los métodos y estrategias comerciales en la inserción del producto en el mercado, o bien para la protección de su marca insignia del producto, toda vez que casi siempre, recuérdese, el concedente es fabricante y principal dueño de los mismos.

Así para *Marzorati* (2008), la concesión aparece como un fenómeno propio en el mundo capitalista actual, donde la expansión de la gran empresa necesita encomendar la comercialización de sus productos a otras empresas menores, que se especializan en la distribución de tales bienes, pero con una característica muy particular: el concedente ejerce un dominio económico sobre el

concesionario, produciéndose una verdadera integración vertical de empresas, a despecho de la independencia jurídica que se aparenta.

### **c. FRANQUICIA**

Se denomina franquicia comercial o Empresarial al sistema de reproducción de un modelo de negocio apto para generar rentabilidad a través de la comercialización de productos y/o servicios, que combina la autorización de uso de nombre comercial, marcas y otros derechos de propiedad intelectual o industrial, incluyendo conocimientos específicos, estén o no patentados, cuya titularidad, usufructo y/o derecho de utilización y transmisión a terceros asiste a una de las partes, denominada “franquiciante” o “franquiciador”, con la prestación por esta de servicios de asistencia técnica y comercial constante a la otra parte, denominada “franquiciado” o “franquiciatario”, quien actuará por su propia cuenta y riesgo, obligándose a ejecutar acciones y/o prestaciones, por las que aquella obtiene un beneficio económico Bliman. (2006)

Este contrato es de los llamados atípicos, encuadrándolo dentro de la categoría de los que tienen tipicidad social sin regulación, teniendo como relevancia su planteamiento dentro del comercio, sin poder desconocer su poderío dentro de los mercados del mundo. Tal modelo es de gran usanza para alcanzar al consumidor convirtiéndose así también en un contrato de colaboración empresarial, destinado por el productor y cumplido con cierta independencia jurídica por el franquiciado.

Existen variedades de definiciones de este contrato, tal como, UNIDROIT, El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en septiembre de 2002 aprueba la Ley Modelo de Franquicia o *Model Franchise Disclosure Law* (MFDL) que define la franquicia como el Conjunto de derechos cedidos por una parte el franquiciador autorizando y requiriendo a la otra parte [el franquiciado], a cambio de una compensación económica directa o indirecta, el compromiso de vender bienes o servicios de la franquicia, para su propio beneficio y conforme al sistema diseñado por el franquiciador, el cual incluye saber-hacer [know-how], asistencia técnica, los procesos sustanciales relativos a la operación y control de la franquicia y el uso de los derechos de propiedad intelectual vinculados con la misma. (Pérez, 2003)

Así mismo se presenta la definición hecha por el reglamento de la comunidad Económica Europea en su Artículo 1.3 número 4087/88, como un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know-how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales.

De estas definiciones se puede concluir que la franquicia es un negocio de colaboración empresarial implementado para la reiteración o copia de un proceso de comercialización empresarial probado y con éxito, cuyo sistema debe comprender un formato de prestaciones tales como la licencia de uso de marca o nombre comercial para los productos y servicios; transferencia tecnológica de *know how* y demás procesos que conlleven a la protección del *good will* ganado, y como contraprestación se dará un derecho de reventa comprendido como margen de ganancia.

De este contrato se deviene un pago de regalías mensual sobre la reventa, así como también se paga un importe de entrada a la red de franquicias, y una mensualidad por la utilización de la marca o demás derechos intelectuales otorgados para el cumplimiento de la obligación de mantener el negocio por parte del franquiciado. Es por todo lo anterior que la franquicia de servicios, requiere como obligación permanente del franquiciante otorgar una asistencia técnica al franquiciado, así como también se le da a los trabajadores de este, cursos sobre la producción y puesta a punto de los productos a vender, tales obligaciones, además de las de mantener el *know how* y guardar la reserva de los secretos encomendados para la organización, son vitales a la hora de poner a funcionar la empresa, so pena de dar por terminado fulminantemente por incumplimiento de obligaciones. Más allá de que hay categorías de franquicias distinguidas por lo expuesto por Hocsman (2007)–*product franchising* y *business format franchising*- en este apartado nos estamos dirigiendo al *business format Franchising*, que es el regularmente conocido en nuestro sistema, pues dependiendo de las dimensiones de la comercialización y de la intención de acceso al mercado, el franquiciante, generalmente, lo que quiere es enseñar métodos y procesos para la protección de su producto y marca, además de asegurar la llegada del mismo al consumidor final.

Ahora bien, en cuanto al sometimiento que conlleva este negocio jurídico, se sabe que este es un contrato de adhesión, pues el concedente es el que redacta todas las obligaciones y prestaciones que se deben llevar a cabo, y no es de menos, porque en todos los casos de franquicia, el que otorga el derecho a utilización de marca, ofrece sus métodos de comercialización y demás técnicas para la producción y posterior promoción para la reventa del producto, solo quiere salvaguardar su prestigio ganado de forma tal, que la única forma es dirigir bajo un sometimiento del franquiciado cierta parte del negocio, y lo demás es imposición prestacional a la cual está sometido este mismo para las resultas del cumplimiento del contrato en ciernes.

Es así como expresamos que para este contrato la red es integrada casi en su totalidad, pues el control ya no se compara con los contratos de distribución y concesión, que solo tienen pautas fijas, como el cumplimiento de la promoción guiada, el servicio postventa y asistencia técnica como en el caso de la concesión, acá resulta más claro la rigidez de la red de franquicia, teniendo el canal, que seguir lo mandado por el productor, apareciendo una subordinación económica casi plena pero no jurídica, en vista, que el franquiciado mantiene su independencia toda vez que los costes de la empresa, su organización interna, contratos laborales, impuestos a pagar y demás obligaciones que conlleva cualquier comerciante, tales como la renovación de la matrícula mercantil, pagos de arrendamiento de local comercial, e inclusive la financiación para la ejecución del contrato de franquicia, los asume el franquiciado.

#### **d. AGENCIA**

La agencia es un contrato de intermediación mercantil que presenta características como: duración; zona geográfica; su terminación causa la llamada indemnización de clientela y la cesantía comercial; la independencia del agente y su estabilidad en términos de duración contractual para el ejercicio de las prestaciones. (Art. 1317 Código de Comercio y ss)

La agencia, podemos decir desde la óptica de su naturaleza, es un contrato típico, consensual,

conmutativo, bilateral, oneroso, de duración prestacional y conceptualizado como un canal de comercialización, eso sí, de intermediación mercantil, dado que los productos a los cuales el agente tiene el encargo de promover, no pasan a la esfera patrimonial de este, sino que se utilizan como medio para la creación de la clientela y el mantenimiento de la misma en una zona geográfica, con capacidad de concluir los negocios o si bien de representar al agenciado, pero sin cargo del pago de impuestos, ni de aseguramiento de la garantía o de envío del producto, en vista que estas son funciones que emanan de acuerdo al contrato ejercido entre el consumidor y el agenciado. El control de la agencia se traduce en las instrucciones que debe cumplir el agente y que son dadas por el agenciado. El agente cumplirá su encargo según las órdenes recibidas, comprendiendo dentro de las mismas todas las relacionadas para la promoción de los productos del empresario nacional o extranjero. (Art. 1321 Código de Comercio)

La red utilizada con canales de agencia también conlleva otras órdenes, mas esto no quiere decir que no haya control por parte del empresario, lo hay, pero no tan riguroso como se presenta en los contratos de concesión y de franquicia, tal como antes se ha explicado, pues en el solo encargo de promoción, que es básicamente por el cual se dictan las instrucciones, el agente se verá inmerso en una serie de actividades tendientes a generar y mantener la clientela en una zona geográfica que es el campo permitido para moverse en su actividad, y no habrá más prestaciones que las que se desprenden de la naturaleza del contrato y de los elementos accesorios que las partes pudieran pactar. Pero lo regular es que la promoción abarque el abanico de instrucciones no en un grado que afecte la libertad de acción del agente en el mercado en el cual está actuando. La subordinación por lo tanto no es la más fuerte, menos en la administración del comerciante, sujeto que genéricamente se conoce como agente.

### 3. CONCLUSIONES

La conclusión a que se ha llegado es que los contratos atípicos que pueden ser tomados como configurantes de la presunción de subordinación, son puntualmente los contratos de concesión y franquicia mercantil, dejando por fuera los contratos de agencia comercial y distribución.

Veamos en primera medida las razones del porque los contratos de distribución y agencia no podrían elevar la causal de subordinación a razón del acto o negocio jurídico: Se llega a esta solución dado que los controles sometidos en los contratos de agencia y distribución generan instrucciones de carácter obligatorio para el controlado, no son de gran envergadura como si sucede en los otros contratos a mencionar, en vista que esos lineamientos se dirigen solamente a prestaciones que se tienen que dar a nivel de promoción, al producto y su marca. Se puede colegir que no somete prolijamente a la administración de la sociedad controlada a un dominio en sus decisiones sino solo en parte de ellas, sin mayor injerencia.

La agencia básicamente solo concreta su control con instrucciones dirigidas en materia de promoción, sin más, y el contrato de distribución solo controla para promoción, *stock* en mercancías, señalamiento de formas de pago, facturación, fechas en el suministro, cuantía mínima de venta y otras instrucciones operativas a razón del suministro implicado en dicho marco contractual. Ello indica con un análisis lógico que un acto o negocio, como estos, no pueden emanar

una dominación a tal punto que la gestión administrativa se rinda a sus prescripciones, valga decir, la subordinación de acto o negocio solo sería para contratos que sean más rígidos e integrados, pues de dicha ramificación ordenada puede resultar jurídicamente la dominación requerida para elevar la subordinación de negocio en el grupo empresarial.

Por lo contrario con los contratos de franquicia y concesión, la capacidad de ensanche dominador por parte del controlante es de tal fuerza que sus directrices son de obligatorio cumplimiento, en tal medida que la promoción de la marca que se inserta en los productos suministrados por el fabricante o productor, va acompañada de otras obligaciones que hacen la integración mucho más rígida en la red de comercialización, y origina indudablemente, la subordinación a razón de acto o contrato, pues con tal cohesión en las instrucciones del controlante [productor], la administración de la sociedad por virtud de cualquiera de estos dos contratos [franquicia y concesión] se verá mermada en sus libertades, otorgando vía libre para que las obligaciones que se convierten en ley para las partes, influyan en la gestión de una manera definitiva a pesar de los asociados.

En la franquicia se otorgan derechos de marca, conocimiento exclusivo de procedimientos internos de producción, *know how*, lineamientos de *marketing*, identidad en operaciones y servicios, exclusividad, cláusulas de no competencia y otros, los cuales tienen que ser otorgados, enseñados y desarrollados por el franquiciante, puesto que la integración así lo demanda, es decir, hay una dependencia del franquiciado en muchas aristas del contrato que al no cumplirse se arriesgan a que la red conformada quede desprotegida y el contrato no pueda seguir su desarrollo normal, so pena de terminación por cualquiera de las partes si así se establece en el contrato.

Por otro lado, la concesión es un contrato de menor integración que la franquicia, pero de mayor grado de integración frente a la agencia y la distribución. Aun así, distíngase de la franquicia que el concesionario recibe pautas de comercialización, mientras que el franquiciante ofrece una metodología clara en este sentido, la cual debe ser acatada por el franquiciado. Ello no quiere decir que el concedente no controle al concesionario; si lo hace, pero en menor grado de cómo se ve en la franquicia. Así tenemos que el contrato de concesión reviste un control en tan solo la asistencia técnica antes de que el concesionario revenda el producto o servicio; métodos de comercialización que son solo pautas, y ciertas órdenes entorno a la publicidad de los productos. Cabe decir que no se paga para entrar a la red de concesionarios, ni se da un monto mensual por pertenecer en ella, ni tampoco se transfiere el saber hacer de algunos procedimientos.

Todo lo anterior nos lleva a concluir, que la agencia y la distribución no tienen la potencia para emprender una subordinación de tal grado que domine la administración de alguna sociedad; pertenecen a una red de distribución con cierto control, mas no es suficiente para causarla. No pasa así con los contratos de concesión y franquicia. Muy a pesar que la concesión no es tan controlada como aquella, debe decirse que si es capaz, debido a su control contractual, que una sociedad pueda ser dominada en su gestión administrativa. Por otro lado la franquicia, que representa un nivel tan alto de integración, no cabe duda que se nos muestra como el ejemplo más claro de subordinación por acto o negocio. Es un todo empresarial, casi que absolutamente controlado por el franquiciante que no se podría poner en duda que la administración de una sociedad

franquiciada se subordina de tal manera que todas las etapas de la gestión administrativa son preordenadas por el franquiciante.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BLIMAN, J. D. (2006) "El Contrato de Franquicia Comercial". En *El Tlc y el derecho de la Distribución Comercial*. Medellín: Primera Edición. Biblioteca Jurídica Dike.
- CAMACHO LÓPEZ, M. E. (2005) "Régimen Jurídico aplicable a los contratos atípicos en la Jurisprudencia Colombiana", *Revista E-Mercatoria*, 4, Número 1, Recuperado De [Http://Administracion.Uexternado.Edu.Co/Centros/Lp/Der/Results.Asp](http://Administracion.Uexternado.Edu.Co/Centros/Lp/Der/Results.Asp).
- COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo V (11 A 15 de diciembre de 2006) (Régimen de la Insolvencia) 31º Período de Sesiones Viena. Recuperado: [Http://www.uncitral.org/uncitral/index.html](http://www.uncitral.org/uncitral/index.html). Autor
- CONSEJO DE ESTADO SALA de lo Contencioso Administrativo. Bogotá- Colombia (2010). Sentencia N° 08 de julio de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1994) Sentencia N° C-265. 2 de junio de 1994.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1997) Sentencia N° C-535. 23 de octubre de 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2008) Sentencia N° C-1008. 15 de octubre de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2003) Sentencia N° C-126. 18 de febrero de 2003.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (1996) Sentencia N° C-250. 6 de junio de 1996.
- CHAMPAUD, C. (1963) "La Concession Commercial, Reveu Trimestrelle de Droit Commercial".
- FARINA, J.M. (2005) "Contratos Comerciales Modernos". Tercera Edición. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- FONTCUBERTA LLANES. (2009) "El Contrato de Distribución de Bienes de Consumo y la Llamada Indemnización por Clientela". Madrid: Editorial Marcial Pons.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO. Unidroit. (2002) "Ley Modelo de Franquicia O Model Franchise Disclosure Law (Mfdl)".
- MARZORATI, O. J. (2008) "Sistemas de Distribución Comercial". Buenos Aires: Tercera Edición. Editorial Astrea.
- MONTIEL FUENTES, C.M. (2009) "Acercamiento al concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para su Existencia", *Revista E-Mercatoria*, 8, (1), Recuperado De [Http://Administracion.Uexternado.Edu.Co/Centros/Lp/Der/Results.Asp](http://Administracion.Uexternado.Edu.Co/Centros/Lp/Der/Results.Asp)
- PÉREZ USECHE, Marco. (2003) "Franquicias: Derecho Uniforme y Tecnologías de Información". En Derecho Internacional de los Negocios. Bogotá: Ed., Universidad Externado de Colombia.

- REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1995) Ley 222. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial No. 42.156*. Diciembre 20 de 1995.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1971). Decreto 410. Por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial No. 33.339*. 16 de junio de 1971
- RAMÍREZ OTERO. (2001) “El Control y los Grupos de Sociedades”, *Revista Udc*, (5). Recuperado el día 1 de Junio de 2012 En [Http://Ruc.Udc.Es/Dspace/Handle/2183/2140](http://Ruc.Udc.Es/Dspace/Handle/2183/2140).
- REYES VILLAMIZAR, F. (2006) “Derecho Societario”. Tomo II, Segunda Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- SIMON HOCSMAN, H. (2007) “Contratos Modernos de Distribución Comercial”. Primera Edición, Buenos Aires: Lexisnexis Argentina S.A.,
- SUESCÚN MELO, J. (2003) “Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”. Segunda Edición. Bogotá: Legis Editores S.A.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Ministerio de Comercio Industria y Turismo (1997). Circular Externa No. 30 de 1997. Autor.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Ministerio de Comercio Industria y Turismo (1999). Oficio N° 125-2831. 22 de enero de 1999. Autor.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Ministerio de Comercio Industria y Turismo (2004). Concepto N°. 220-23239. 19 de mayo de 2004. Autor.
- VALENZUELA GARACH, F. J. (1997) “El Contrato de Concesión Mercantil y su Extinción por Denuncia Unilateral”, *Rdm*, Núm. 225