

Otras formas de Contratación Comercial

Enrique López Camargo¹

Para citar este artículo: López, E. (2013). "Otras Formas de Contratación Comercial". *Revista In Vestigium Ire*. Vol. 6, pp. 65-75.

Fecha de recepción: 01 de septiembre de 2013
Fecha de aprobación: 24 de noviembre de 2013

RESUMEN

La globalización de la economía, en concurrencia con los tratados de libre comercio que Colombia ha celebrado con diversos países en los últimos diez años, ha conducido a un gran número de empresarios a optar por otras formas de contratación diferentes a las contempladas en nuestra legislación comercial. Así por ejemplo, viene haciendo carrera el contrato de Franquicia en todo el territorio nacional, desde hace más de 20 años y consolidándose en los últimos diez, como una nueva forma de resolver problemas de orden financiero y laboral simultáneamente. No menos importante resulta ser la denominada contratación Outsourcing, más conocida en nuestro contexto como: subcontratación, tercerización o externalización, que permite que un empresario contrate con un tercero actividades que no forman parte de sus habilidades especiales y pueda responder con rapidez a las necesidades del entorno; a su turno el contrato de Underwriting celebrado entre una entidad financiera y una sociedad comercial, por medio del cual la primera se obliga a pre financiar, en firme o no, títulos valores emitidos por la sociedad, para su posterior colocación, viene siendo utilizado con mayor frecuencia en los actuales momentos en razón del gran mercado financiero que la banca multinacional ofrece en nuestro país.

PALABRAS CLAVE

Globalización, Tratados de Libre Comercio, Contratación, Independencia laboral, Tercerización, Franquicia, Outsourcing, Underwriting.

ABSTRACT

The globalization of the economy, in concurrence with the free trade agreements that Colombia has signed with various countries in the last ten years has led to a large number entrepreneurs to opt for other forms of employment other than those referred in our trade laws. Thus, for example, has been doing career franchise agreement throughout the national territory, for more than 20 years and consolidated in the last ten, as a new way to solve financial problems and work simultaneously. No less important is being called hiring Outsourcing, better known in our context as subcontracting, Outsourcing or Outsourcing, which allows an employer to hire a third party activities that are not part of their special skills and can respond quickly to the needs of environment, in turn contract Underwriting agreement between a financial institution and a commercial company, by which the first is obliged to pre finance firm or not securities issued by the company for subsequent placement, has been most frequently used at the present time because of the large financial market multinational banking offers in our country.

KEYWORDS

Globalization, Free Trade Agreements, Contracts, Independence; Outsourcing, franchising, Outsourcing, Underwriting.

RÉSUMÉ

La mondialisation de l'économie, en accord avec les accords de libre-échange que la Colombie a signés avec divers pays au cours des dix dernières années a conduit à un grand entrepreneurs numériques à opter pour d'autres formes de travail autres que ceux mentionnés dans nos lois commerciales. Ainsi, par exemple, a fait contrat de franchise de carrière à travers le territoire national, pour plus de 20 ans et consolidée dans les dix dernières années, comme une nouvelle façon de résoudre les problèmes financiers et de travailler en même temps. Non moins importante est appelée outsourcing embauche, mieux connu dans notre contexte comme la sous-traitance, l'externalisation ou sous-traitance, ce qui permet à un employeur d'embaucher un tiers des activités du parti qui ne font pas partie de leurs compétences particulières et capable de répondre rapidement aux besoins des environnement, à son tour, contrat de garantie conclu entre une institution financière et d'une société commerciale, par lequel le premier est obligé de société de financement préalable ou non des valeurs mobilières émises par la Société pour le placement ultérieur, a été le plus fréquemment utilisé à l'heure actuelle en raison du grand marché financier offre des banques multinationales dans notre pays.

MOTS-CLÉS

La mondialisation, les accords de libre-échange, les contrats, l'indépendance, sous-traitance, de franchise, outsourcing, la souscription.

¹ Abogado, Especialista en Derecho Comercial, Magíster en Derecho Administrativo, (c) U. Libre, profesional en Ciencias Sociales y Económicas Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, asesor y consultor empresarial, Docente Universidad Santo Tomás, Facultad de Contaduría Pública, Seccional Tunja. Grupo de Investigación en Ciencias Administrativas y Contables. A.I

METODOLOGÍA

El presente escrito se enmarca dentro del Método crítico descriptivo, toda vez que se toma como referente de estudio las otras formas de contratación existentes en nuestro país, en donde prima la voluntad y la consensualidad de la partes. La normatividad existente al respecto corresponde a la Lex Mercatoria, es decir, la que rige a nivel mundial para la solución de estos casos en particular e incluso aplicación de la analogía, para concluir que el problema planteado se demuestra en virtud de un juicioso análisis fáctico y jurídico, que por contera viene afectando a una gran parte de empresarios y trabajadores colombianos que con mayor frecuencia pierden el derecho al trabajo, consagrado constitucionalmente como fundamental.

La principal fuente de información acogida, es la realización de numerosos casos de contratación acogida por empresarios y banqueros, así como también los pronunciamientos jurisprudenciales de algunos países europeos que permitieron precisar el estudio crítico, motivo de la presente investigación.

INTRODUCCIÓN

El propósito que anima la puesta en escena del presente artículo denominado "Otras formas de contratación comercial", obedece al interés que ha despertado la relación contractual no convencional y que en otras palabras se conoce como atípica, pues carece de normatividad positiva al respecto. Son muchos los países incluido Colombia, en donde numerosos inversionistas vienen celebrando diversidad de negocios bajo este esquema, que garantiza mayor agilidad en su desarrollo, presenta menos problemática jurídica y también contribuye en gran medida a solucionar el grave problema del desempleo, ya que permite la independencia laboral y promueve el emprendimiento empresarial.

El fundamento jurídico de aquellos contratos que no se encuentran en el sistema normativo comercial colombiano, obedece al principio de autonomía de la voluntad entre partes contratantes, que se rige por la costumbre comercial y la regulación social en los cuales han de estar presentes principios inherentes a los contratos como son la buena fe, la transparencia, la honestidad, la responsabilidad y la economía que tiene relación estrecha con la onerosidad entre otros, para que se respeten los límites y se asuman las consecuencias en caso de un eventual incumplimiento de alguna parte.

Este escrito, se encuentra estructurado en cuatro temas debidamente sustentados que dan cuenta de cada una de las forma de contratación comercial consignadas. Así, en el numeral primero, se plantean las generalidades contractuales y se hace referencia a tres sistemas que la doctrina ha tomado como valederos: el sistema germano, el sistema romano y el español los cuales plantean de manera muy particular el desarrollo de estas formas de contratación en cada contexto; de igual manera se consigna lo relacionado al hecho, acto y negocio jurídico, acápite que ilustra en términos generales lo referente a la autonomía privada como elemento esencial del contrato. A decir del marco normativo que rige a instituciones como la franquicia, el Outsourcing y el Underwriting, entre otros, tenemos que remitirnos a la costumbre comercial, los principios generales del derecho y los contratos y finalmente la analogía general.

En los capítulos IV al V del presente escrito, se consigna lo referente a los antecedentes de los contratos atípicos, el nacimiento de las franquicias en Colombia se viene trabajando con una buena cantidad de firmas franquiciantes y los casos que han sido objeto de decisiones judiciales en cortes de justicia de diferentes países y destaca el caso Pronuptia que tuvo mucha trascendencia en Europa; la aparición y consolidación del Outsourcing como intermediario de contratación o empresa temporal; Como nace el Underwriting para la comercialización de acciones de las empresas que colocan en el público esta clase de títulos negociables.

La franquicia está dispuesta en la parte tercera del escrito, y allí se señalan varios casos de acciones judiciales adelantados contra franquiciados por incumplimiento de las cláusulas del contrato. Se precisa también, que existe una mayor explotación comercial de franquicias para productos de gaseosas, comidas rápidas, ropa deportiva y ropa informal, así mismo se hace referencia a los derechos y deberes de franquiciante y franquiciado y finalmente se plantea la situación de la franquicia en Colombia como factor de desarrollo comercial y aporte social en beneficio del desempleo. Así mismo, en la cuarta parte del presente estudio, se trata de manera amplia lo referente a la Outsourcing. Es necesario recalcar, que en un contexto de globalización de mercados, las empresas deben dedicarse a innovar y a concentrar sus recursos en el negocio principal. Por ello la tercerización u Outsourcing ofrece una solución óptima y es motivo de permanentes alianzas estratégicas.

El último aparte se refiere al Underwriting incluidas sus cuatro clases o modalidades: 1) al mejor esfuerzo, que consiste en que el intermediario emplea su mayor diligencia para colocar los títulos; 2) todo o nada, en la cual la entidad emisora suscribe el contrato de colocación sólo si la totalidad de la emisión es colocada por la firma intermediaria; 3) colocación garantizada, en la que el agente de colocación garantiza la colocación de los valores dentro de un plazo determinado, con el compromiso de adquirir el remanente no colocado en dicho plazo y 4) colocación en firme, mediante la cual el agente de colocación adquiere la totalidad o parte de la emisión, obligándose a ofrecerlos al público inversionista, al precio previamente establecido y durante un plazo determinado.

Intentar otras formas de contratación comercial distintas a las típicas y positivas, contempladas en los estatutos mercantiles de diferentes países, se viene haciendo cada vez más común de lo imaginable, en razón de estar en plena vigencia un proceso globalizante de la economía, que permite ciertas libertades negociales e independencia laboral, tal como se refleja en cada uno de los contratos relacionados en este ejemplar y muy en particular el relativo a la franquicia que ha permitido consolidar empresarios y el crecimiento personal de quienes se sirven de esta figura.

GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS

Noción de contrato

Inicialmente se precisa en el Código Civil Colombiano, art. 1495, la siguiente definición: “Contrato o convención, es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”.²

El artículo 1101 del Código Civil Francés contempla del contrato la siguiente definición: “El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias más a hacer o no hacer alguna cosa”.³ No cabe duda que el término jurídico *contractus*, originariamente significó realizar o celebrar un acto y fue usado uniéndole el sustantivo en genitivo: *contractus stipulationis* (celebración de una estipulación), *contractus emptionis* (celebración de una venta).

Si observamos con detenimiento las definiciones anteriores consagradas en el Código Civil Colombiano y el Código Civil Francés, se emplean como sinónimos los términos contrato y convención, pero un análisis en el lenguaje del derecho nos lleva a precisar cada una de esas palabras. Aubry y Rau define la convención como: “Acuerdo de dos o más voluntades, sobre un objeto de interés jurídico”. Esta manifestación nace para lograr un acuerdo que tenga por objeto modificar una situación jurídica, es decir, crear, extinguir o modificar un derecho. A su turno Savigny, proporciona la siguiente definición de contrato: “Es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinadas a reglar sus relaciones jurídicas”. He ahí pues, que el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más contratantes, manifestado en forma legal y que tenga por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.⁴

Trasladándonos a otras legislaciones de ultramar, el Código Civil Español trae consignada la siguiente expresión: “El contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”; y el Código Civil Argentino contempla: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Recogiendo los precedentes conceptos, se concluye que en el contrato concurren varios elementos a saber: a) acuerdo de voluntades entre dos o más contratantes y b) responsabilidad ante el incumplimiento. En punto de análisis y refiriéndonos al primer elemento, cabe hacer la siguiente acotación: sólo mediante el asentimiento de las partes interesadas podrá llevarse a feliz término la celebración de un negocio jurídico. Aquí entonces, aparecen dos elementos de mucha relevancia para su concreción: el interés y la libertad de aquellos. La voluntad común en debida disposición es la que finalmente conduce a las partes a una aproximación real y formal para lograr un objetivo sobre la cosa. Cuando se hace referencia al interés de los contratantes, éste va orientado en particular, a los contratos mercantiles que por su naturaleza son onerosos, ya que ésta consiste en la intención o el ánimo de las partes para la obtención de un beneficio. El interés no es cosa distinta a realizar lo que a cada uno conviene.

2 CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial LEYER 2000. Art. 1495. Bogotá.

3 CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, artículo 1101.

4 SAVIGNY, Friedrich, citado por CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de derecho usual tomo III. Págs.: 337 - 338. Editorial Heliasta España.

En lo que respecta a la libertad para contratar, es preciso afirmar que aquella parte legalmente capaz debe obrar en forma lógica, consciente y reflexiva para que dichos actos por él celebrados, tengan el principio de validez; la libertad constreñida por cualquier vicio conduce necesariamente a la anulabilidad del negocio jurídico, una decisión acompañada de coacciones y actos arbitrarios que le impidan exteriorizar con propiedad sus necesidades, limitará sustancialmente los alcances del negocio en perjuicio de una parte. En síntesis, la libertad implica, el poder de obrar o de no obrar o de escoger bajo razonado juicio.

La responsabilidad ante el eventual incumplimiento, como el segundo elemento referenciado, implica de suyo, asumir obligaciones cuando se obra con negligencia o falta de cuidado, excepto en caso fortuito. El incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico, que por sí mismo entraña una culpa proveniente del deudor. Al respecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 13 de 1962 hizo la siguiente precisión refiriéndose al artículo 1604 del Código Civil Colombiano: “En relación con la responsabilidad del deudor, por culpa leve o levísima que consagra el referido artículo 1604, ella es también susceptible de sufrir variaciones por disposición especial de la ley o por convenio expreso de las partes, como lo establece el inciso último de esta disposición”.⁵

Es bien entendido, que las partes en el momento de celebración de un contrato, pacten cláusulas que hagan exigible el cumplimiento del mismo, so pena de asumir responsabilidad contractual; pactar cláusulas que son de franca irresponsabilidad lo haría totalmente ineficaz; la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 1936 y julio de 1938, se ocupó del estudio de las reglas generales sobre la responsabilidad y dijo: “Cláusulas que contienen una exención franca de responsabilidad, o sea, aquellos por los cuales se estipula al asumirse una obligación contractual, que el deudor no será responsable, si la obligación permanece inejecutada, contradice la noción misma de obligación”. (G.J., T. XLVII, 76)

Concepto de contrato en el Derecho Romano

En el Derecho Romano es importante destacar la distinción que se hace entre convención y contrato.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COLOMBIA. Sala de Casación Civil. Diciembre 13 de 1962. Págs.: 270 - 271.

⁶ NÚÑEZ TOMÁS, María José. Derecho de Obligaciones y Contratos. Barcelona: Bosch, 1994.

La convención o pacto *pactum conventio* era el simple acuerdo de voluntades, que por sí solo no generaba acción ni vínculo obligatorio.

El contrato a su vez, era la convención que por ir acompañada de una forma requerida por el derecho o de una causa reconocida idónea, para fundar una obligación, producía acción y vínculo obligatorio.⁶

En el sistema germano

Las costumbres de los germanos se basaban en una legislación arcaica mucho menos avanzada en su desarrollo que la del Derecho Romano y en la cual predominaba el simbolismo. El formalismo germano en la contratación predominaba sobre la informalidad de la romana. Quien se obligaba, debía entregar al estipulante una vera faestuca u otro objeto mueble sin valor *vadium* o *wadia* como prenda de su promesa.

Los pueblos germanos amantes del formalismo, introdujeron y generalizaron la contratación por documento o escritura carta o *cautio*, lo cual no sólo tenía efectos probatorios, sino constitutivos de la obligación, aunque no alcanzaron a comprender la significativa diferencia entre la formación del contrato y su prueba, pues bastaba entender que aquella se concentraba en el acto de redacción perfecta del escrito para que las partes se consideraran obligadas.

En el derecho moderno

En el Derecho Moderno, el concepto de contrato tiene sus fundamentos en las siguientes características:

- a. Constituir el contrato en una categoría abstracta o genérica y no conocer el Derecho Romano, una serie de figuras singulares.
- b. Tener una base en la convención o pacto o lo que es igual, en el acuerdo de voluntades.

Amén de las anteriores características generales y teniendo al contrato como el acuerdo de voluntades, se plantea el problema del posible objeto de acuerdo, y entonces surgen los siguientes interrogantes: ¿sobre qué materia debe recaer el contrato?, ¿cuál es el ámbito adecuado?

Concepto en el código civil español

El artículo 1254 del Código Civil Español señala la siguiente definición: “El contrato existe desde

que una o varias personas consienten en obligarse respecto a otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio”.

Si bien es cierto, esta norma no comprende una verdadera y real definición del contrato, sí lo circunscribe a las relaciones patrimoniales y considerándolo una convención o un acuerdo de voluntades para la creación de una obligación de dar y hacer.

Dentro del ámbito normativo español⁷, el contrato puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas muy variadas como las siguientes:

- Crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o crediticias.
- Crear a la vez una relación obligatoria, un derecho real a través de la tradición, o como condición específica del contrato mismo, por ejemplo en los casos de hipoteca y prenda.
- Producir una transmisión patrimonial, mediante una obligación de realización inmediata, que es creada y cumplida en un solo acto.
- Vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato, que por el momento no se requiere o no se puede estipular; este es el caso del llamado pactum de contrayendo, contrato preliminar o precontrato.

Hecho, acto y negocio jurídico

En el devenir del acontecer social y con la concepción iusnaturalista de propiedad privada, se dan las primeras limitaciones a la libertad de desplazamiento y apoderamiento de bienes necesarios para la supervivencia del hombre. La ley del más fuerte imperante en los primeros tiempos de la especie humana, sufre sustanciales cambios cuando las comunidades se van concentrando alrededor de lo que llegaría a ser los primeros asentamientos en espacios físicos demarcados.

La situación aquí planteada va generando relaciones recíprocas que se traducen en derechos y deberes; comprar, vender, casarse, trabajar, en un comienzo regulado por un derecho consuetudinario se va traduciendo paulatinamente en la positivización de todos y cada uno de los actos que los grupos humanos deben realizar en un contexto eminentemente social interactuante.

Los diferentes comportamientos y circunstancias que rodean esas relaciones son hechos con consecuencias jurídicas. El hecho es la causa del derecho, es su fuente originaria y por ello debe admitir la distinción entre el hecho y el derecho. Por tanto el nacimiento, la transformación y el fin de los derechos son consecuencias de hechos a los que el derecho ha atribuido tales efectos... Por otra parte, todos los hechos jurídicos producen en el tiempo un cambio en las relaciones de derecho, razón por la que ha podido decirse de modo acertado que todos los hechos jurídicos tienen por efecto producir una modificación en la esfera jurídica de una persona determinada y, como consecuencia que los derechos nacen, se modifican y se transmiten por los hechos jurídicos.

Los derechos subjetivos, connaturales a los hombres, sufren transformaciones o pueden llegar a extinguirse por la acción de “hechos jurídicos”. Qué es entonces, el hecho jurídico, sino acontecimientos de la naturaleza o la conducta humana que indudablemente produce efectos jurídicos.⁸

Los hechos jurídicos, en sentido amplio, forman los hechos o acontecimientos, que pueden atribuirse al suceso de fenómenos de la naturaleza donde no interviene la voluntad del hombre o contrario sensu a conductas humanas, guiadas precisamente por esa voluntariedad. Fenómenos naturales donde no interviene la participación del hombre los podemos ilustrar con los siguientes ejemplos, un movimiento telúrico, la caída de un árbol sobre un bien inmueble; hechos jurídicos donde hay intervención de la voluntad del hombre pueden ilustrarse con estos ejemplos, un incendio causado por pirómanos y el nacimiento de una persona.

Las conductas humanas han sido siempre objeto de reglamentación del derecho positivo, debido a que acarrear consecuencias jurídicas, por lo que la doctrina las ha denominado “actos de derecho” y los “negocios jurídicos”. Si bien es cierto, en ambos casos hay voluntad de las personas para llegar a ellos, también lo es que tienen connotaciones diferentes: mientras en los actos de derecho su efecto jurídico es determinado por la ley, los negocios jurídicos tienen determinada su consecuencia en la voluntad de las personas.

Doctrinantes modernos conciben el negocio jurídico como la declaración de voluntad, dirigida a

⁷ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español y foral. Tomo III. Derecho de obligaciones.

⁸ Op. Cit.

producir efectos jurídicos o cuando menos efectos prácticos, tutelados por el derecho⁹. A un mismo tiempo, equívoca y genérica, aunque también contradictoria, la noción de declaración de voluntad debe ser considerada en su conjunto, en cuanto se apoya según sus propios autores en dos elementos básicos constitutivos: uno interno psíquico y por otro lado externo y formal, que generalmente no pueden reducirse en forma correcta a la unidad¹⁰; pareciera entonces que los elementos voluntad y declaración resultan esenciales a la hora de hablar de negocio jurídico, pero siempre considerados en su conjunto y no de manera aislada.

Los contratos en su formación y en su cumplimiento

Sabido es que el acuerdo de voluntades, creador de obligaciones, origina contratos y desde luego relaciones jurídicas entre las personas¹¹. Estas relaciones que han sido generadas por la celebración de un contrato, las ha reglamentado la ley civil Colombiana en el libro IV Artículo 1494 y siguientes, para procurar la equidad contractual y por ello prevenir la comisión de abusos entre las partes. Esto no quiere decir que la voluntad de los contratantes les impida incurrir en incumplimiento o anomalías, que derivarían en sanciones consagradas expresamente por la ley. Estaríamos frente a la mala fe en la celebración de los contratos, si no se obra con lealtad por parte de quien debe emplearla para con los demás, y de quien tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad.

La celebración del negocio que lleva consigo la regulación de intereses privados, puede concretarse en actos o formas solemnes (escrituras, actas, documentos privados y otros) o bien la realización efectiva del acuerdo de voluntades, pero independientemente de su forma de celebración deben concurrir en él los elementos de validez y existencia de los contratos.

LAS FRANQUICIAS

El diccionario jurídico Espasa contempla la siguiente definición: “La actividad comercial en el régimen de franquicia es aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado a cambio de una

contraprestación financiera, directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinado tipo de productos o servicios, y que comprende, por lo menos, el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un “saber hacer”, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo”.

De la precitada definición se infiere un acuerdo de voluntades empresariales entre dos partes: Franquiciador, es decir el dueño del nombre comercial o producto a explotar y el franquiciado o tomador del producto, servicio o del conjunto de derecho de propiedad industrial, que cimentado bajo el principio mercantilista de cooperación deciden fomentar mediante esta estrategia, la expansión del mercado, con una doble finalidad;

- a. Permitir la apertura de nuevos establecimientos comerciales dando solución con ello al gran problema del desempleo en Colombia.
- b. Incentivar el pago de impuestos para el fortalecimiento de la economía Nacional.

Conocido es por todos que en el mundo de los negocios, está siempre presente el riesgo de pérdida, ante lo cual el franquiciador toma todas las precauciones posibles, antes de celebrar contrato con un franquiciado; Un estudio serio de mercado que incluye aspectos subjetivos como aptitud y buena reputación del franquiciado y aspectos objetivos como el espacio geográfico y el respaldo económico que requiere dicha transacción, sería la antesala para la concreción del contrato de franquicia.

El contrato de franquicia encierra dos aspectos solamente en su realización: 1) la experiencia y posicionamiento en el mercado del producto o servicio del franquiciador y 2) la independencia, autonomía y responsabilidad del franquiciado que asegura la permanencia y éxito esperado, dentro de esta forma atípica de contratación, consuetudinaria y comercial. En cuanto al primer aspecto planteado se hace menester enfatizar que los productos o bienes y servicios que son objeto del contrato de franquicia, tienen un posicionamiento bien calificado en el mercado, gozan de un good will aceptado y reconocido, que facilita los resultados en la transacción y son de buen referente de explotación económica; en relación al segundo

⁹ Op. cit.

¹⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México: Portua, 1974. Pág. 16.

¹¹ CANOSA TORRADO, Fernando. Resolución de los Contratos. Bogotá: Radar, 1985. Pág. 7.

aspecto, esta forma de contratación permite al franquiciado la posibilidad de la independencia laboral, en razón de que no media entre éste y el franquiciador ninguna relación laboral que derive en pagos salariales y prestación alguna, más por el contrario le brinda la alternativa de convertirlo en un pequeño empresario, sujeto al cumplimiento de la normatividad contractual y doctrinaria que no son ajenos a la realidad y costumbres comerciales, existentes en el contexto a desarrollar el negocio.

Con la entrada en vigencia de los TLC (Tratados de Libre Comercio) con la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá y Corea del Sur entre otros países, el ALCA (Área de Libre comercio para América Latina), y UNASUR, esta forma de contratación tiende a acentuarse, en razón de la aguda competencia de empresarios y comerciantes con productos provenientes de distintos países, todo en procura de producir beneficios tanto para empresarios como para consumidores. El daño que ha producido a la industria nacional el ingreso de productos provenientes de China en línea de ropa, calzado y electrodomésticos, ha llevado a los empresarios a cesar en su producción y optar por las franquicias, como alternativa comercial.

La franquicia es una alternativa de independencia laboral, que de suyo contribuye a solucionar de manera directa el problema del desempleo incrementado a partir de la “Apertura Económica”, debido a que la fuerte oferta de nuevos productos que invaden el mercado nacional, ha llevado a muchos empresarios a prescindir de un número considerable de trabajadores, que ven en la franquicia una gran oportunidad empresarial, que no requiere de grandes esfuerzos financieros y logísticos. Colombia ha conocido de los contratos de Franquicia desde 1980 cuando se instaló la cadena de restaurantes Burger King, por empresarios independientes que abrieron siete restaurantes en 7 años, desde 1980 hasta 1986.¹²

EL OUTSOURCING O TERCERIZACIÓN

El Outsourcing es una práctica empresarial que data desde el inicio de la era Moderna. La traducción al castellano de este neologismo inglés viene a ser la externalización de determinadas áreas funcionales de las organizaciones que en el eje mundial de hoy en día, dentro de los diferentes sistemas de contratación lo han venido implementado como una forma de reducir ampliamente los costos directos de una empresa. Esta tendencia actual de cambio, creada en 1980 para describir la creciente tendencia

de grandes compañías que estaban transfiriendo sus sistemas de información a proveedores, a su vez ha venido formando parte importante en las decisiones administrativas de los últimos años en las empresas de hoy.

Estos cambios incluyen la necesidad de ser globales, la necesidad de crecer sin usar más capital, la necesidad de responder a las amenazas y oportunidades de la economía, el envejecimiento de la fuerza laboral, la reducción de costos y batallar por el pensar del consumidor.¹³

Dicho de un modo un tanto diferente, el Outsourcing es parte de un movimiento más amplio de la sociedad actual para la conformación de un mundo más productivo y menos derrochador, planteándole a las líneas de mando amplios retos productivos como ventaja competitiva. El término en sí relaciona una forma más de “subcontratación”, que actúa como una extensión de negocio que opera como la práctica de transferir la planeación, administración y operación de determinadas funciones a una tercera parte independiente.

Desde esta perspectiva, este sistema debe considerarse a luz de otras decisiones gerenciales: la cuestión sobre fabricar o comprar y la fijación correcta del tamaño, es decir, encontrar la dimensión correcta, o cantidad exacta de personal para una organización. Ambas decisiones son centrales para la estrategia del Outsourcing. En consecuencia esta alianza estratégica por así llamarla, entre proveedores y clientes, están modificando los roles anteriormente adversarios entre la departamentalización en una misma organización y permite la fusión de los mismos. Es necesario recalcar, que en un contexto de globalización de mercados, las empresas deben dedicarse a innovar y a concentrar sus recursos en el negocio principal. Por ello la tercerización u Outsourcing ofrece una solución óptima y es motivo de permanentes alianzas estratégicas.¹⁴

12 Embajada de España, oficina Económica y Comercial (2003). Investigación realizada sobre la Franquicia en Colombia 2003. Citada por María Victoria Ayala de Rey y Ana Garzón Castrillón, en su obra La Franquicia como Medio Estratégico para la Generación de empleo.

13 ROTHERY, Brian. Outsourcing: la sub contratación. México: Limusa, 1997. 24 p.

14 ROMERO, José Antonio. Prácticas de la industria que conducen a un desempeño excelente. México: Limusa, 1997. 65 p.

EL CONTRATO DE UNDERWRITING

Generalidades

El término Underwriting se deriva del verbo inglés "To Underwrite" (suscribir, rubricar) y surge este contrato como una eficiente opción de financiamiento, dirigida especialmente a sociedades comerciales en particular las sociedades anónimas y similares, que a falta de la colaboración dineraria de sus socios y que no tienen otras fuentes de liquidez, procuran por sí mismos y en colaboración con un intermediario obtener dinero en forma rápida, que no se daría en otras circunstancias, ofreciendo títulos valores emitidos por aquella, que dará lugar finalmente, a la suscripción de acciones por terceros.¹⁵

Doctrinantes conocedores del aspecto comercial y financiero han acuñado variadas definiciones a cerca de la Underwriting, veamos algunas:

"Es el contrato celebrado entre un banco y una sociedad por acciones, por medio del cual el primero se obliga a pre financiar en firme o no, acciones, debentures u otras obligaciones, emitidas por la Sociedad, para su posterior colocación"¹⁶

"El contrato de Underwriting es el celebrado entre una entidad financiera con una sociedad comercial, por medio del cual la primera se obliga a pre financiar en firme o no, títulos valores, emitidos por la Segunda, para su posterior colocación entre el público; admitiendo también la modalidad, en la cual no asume, el pre financiamiento, sino que pone su mejor esfuerzo para lograr colocar los valores"¹⁷

"Se trata de un procedimiento que bajo diversas modalidades permite que una entidad que actúa en el mercado de capitales, anticipe a un emisor de títulos valores, el producido de su futura colocación entre el público"¹⁸

En razón de las definiciones anteriormente citadas contentivas de varios elementos, este contrato también se le conoce como:

- Contrato de pre financiamiento.
- Contrato de Emisión y Colocación de Títulos Valores.
- Suscripción Temporal.

En resumen, el Contrato de Underwriting se apoya en la trípode de emisión, colocación y suscripción de títulos valores.

Naturaleza y características jurídicas

- El contrato de Underwriting es un contrato atípico e innominado.
- Es un contrato principal, no depende de ningún otro para su validez, y que por cierto, puede ser sumamente complejo por presentar cercanía con otros contratos (Mandato, Corretaje, Comisión), sino por su amplitud y variedad que pueden contener sus cláusulas las cuales se verán más adelante en modelos de este tipo de contrato.
- Es un contrato de colaboración por el beneficio económico-financiero mutuo.
- Es un contrato financiero por antonomasia y constituye un nuevo y valioso mecanismo de acceso al crédito.¹⁹
- Consensual, basta el simple consentimiento de las partes para su perfeccionamiento. Esto no es óbice u obstáculo para que se acuda a formalismos tales como documentos, es el caso de las escrituras públicas.
- Conmutativo y de tracto sucesivo, por la existencia de obligaciones mutuas y correlativas. Existen riesgos en la ejecución de este contrato que son plenamente conocidos por las partes, los cuales son asumidos con responsabilidad, en caso de no prosperar la etapa final del negocio que es la suscripción de títulos valores.
- Oneroso, así como las partes se benefician de las utilidades, existe la posibilidad de pérdidas recíprocas que las pueden afectar.
- A plazo fijo o indeterminado, éste depende de la modalidad que se contrate.

15 <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EptpEkEEkyCryaKDId.php>, tomado el 28 de octubre de 2013.

16 VILLEGAS, Carlos Alberto. Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la actividad bancaria. De palma, Buenos Aires, 1986 pág. 689. Citado por Jaime Arrubla Paucar. Contratos mercantiles tomo II tercera edición.

17 ARRUBLA, Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, Tomo II, Medellín DIKE, 1998, págs. 191-192

18 BONEO, Eduardo J. y Barrera, Eduardo A., Contratos Bancarios Modernos. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1984. Pág. 215, citado por Arrubla Paucar Jaime Alberto, Contratos Mercantiles 3ª Edición 1998.

19 <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyEkEEkyCryaKDId.php>

Partes contratantes o intervinientes

En estricto sentido son dos las partes que intervienen en este contrato:²⁰

- a. La empresa que encarga de la emisión (emisora)
- b. La empresa que se compromete a efectuar la colocación (Underwriter).

La parte conocida como la Emisora es siempre una sociedad anónima, o sociedad de economía mixta y sociedad en comandita por acciones que son aquellas facultadas o autorizadas por la Superintendencia de Sociedades de Colombia para emitir acciones, buscando con ello obtener mayor liquidez y también fundamentar en la emisión una fuente de financiamiento. Como este tipo de empresas no son especialistas en colocación de título en el mercado determinan en asamblea general, (Art. 382 Decreto 410 de 1971) acudir al contrato de Underwriting para la consecución de capital de manera rápida.

La emisora al efectuar la operación antes mencionada se ve expuesta a riesgos, generalmente de orden económico y político, que impiden cumplir con la operación, por lo tanto éstos son objeto del Contrato de Seguro y Reaseguro en la modalidad de "Planeación Financiera", debido a las considerables sumas de dinero que se ponen en juego.

El Underwriter o intermediario financiero, que es una empresa especializada en este tipo de operaciones y con un amplio conocimiento en el mercado bursátil, es quien finalmente consigue la colocación y suscripción de los títulos entre el público. En Colombia pueden actuar como Underwriter: las Corporaciones Financieras, Las Sociedades Comisionistas de Bolsa; en Perú los Underwriter son los grandes bancos comerciales, entidades financieras y empresas de inversión²¹; en Estados Unidos, lo son las compañías de seguros, los bancos comerciales y en menor proporción las compañías de inversión.²²

El Underwriter, conocido también como manager,²³ desempeña una función clave en el proceso y es de quien depende el éxito o fracaso de un proyecto; es por esto que los emisores buscan experiencia y reputación en los Underwriters para la colocación de títulos valores, y debe cumplir entre otras las siguientes funciones:²⁴

1. Evaluar la capacidad de la empresa emisora para realizar el proyecto (viabilidad) y opinar con respecto a las posibilidades de que la emisión sea

aceptada en el mercado, al igual que el concepto o la opinión que le merece la comunidad financiera y los inversionistas de la misma. Cuando se trata de títulos de deuda se debe además verificar la capacidad de endeudamiento que tiene la empresa.

2. Especificar al emisor las opciones financieras que tiene el mercado; esto para no incurrir en emisiones ilusorias.

Proponer el precio de la emisión, previo estudio del mercado o los precios en bolsa.

3. Negociar los aspectos relacionados con el monto, comisiones, condiciones y oportunidades que ofrece la emisión.

Preparar un prospecto de la emisión que se ajuste a las leyes vigentes.

4. Fundar un consorcio o sindicato de Underwriters o agentes colocadores y distribuir la emisión y definir las cuotas de suscripción.

5. Finalmente, preparar documentos legales del convenio, el papeleo, autorizaciones y algunos otros elementos necesarios para mantener vigente el contacto con la emisora y las partes interesadas.

Tipos o modalidades de Underwriting

Doctrinantes especializados en materia de contratos, hablan de la existencia de ocho sub-tipos o sub-modalidades, algunos otros consideran que son cuatro las formas de Underwriting y los más reservados se refieren a la existencia de tres modalidades con algunas sub-modalidades.

En el presente trabajo se ha considerado seguir una línea moderada y es preciso señalar la presencia de cuatro formas o modalidades que a continuación se detallan:

- Colocación Garantizada o Underwriting de Garantía. En esta modalidad el Underwriting se

²⁰ Op.cit.

²¹ FONSECA, Hugo, La Técnica del Underwriting y su Aplicación en Costa Rica, trabajo publicado en agosto 5 de 2003.

²² Acta de la Banca de 1993, El ACTA DE CLASS-steagall, E.U.

²³ FONSECA, Hugo, La Técnica del Underwriting y su Aplicación en Costa Rica, trabajo publicado en agosto 5 de 2003.

²⁴ <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyEkEEkyCryaKDid.php>

compromete a colocar la emisión dentro de un plazo determinado, garantizando la adquisición de los títulos no colocados dentro del plazo fijado inicialmente. Con esta modalidad los riesgos aplican para el Underwriter y como su nombre lo indica poco o nada arriesga aquí la entidad emisora, por cuanto tiene garantizada la colocación con base en el plazo establecido.

- Colocación al Mejor o Mayor Esfuerzo. En esta modalidad el Underwriter pone a su servicio los mayores esfuerzos para colocar la emisión entre el público pero no asume ningún riesgo. Lo que busca en esta modalidad la entidad emisora en el Underwriter más que su capacidad financiera es su experiencia profesional en la actividad de colocación de títulos en el plazo estipulado en el contrato.

La responsabilidad contractual que le implica al Underwriter es la de probar fehacientemente a través de la colocación que desplegó sus mayores esfuerzos pero sin lograr el éxito esperado, aquí el riesgo corre a cargo de la entidad emisora.

- Colocación en Firme o Underwriting Firme, en esta clase el Underwriting adquiere la emisión de títulos, ya sea total o parcialmente y asume el riesgo de la colocación. La entidad financiera realiza el pago de la emisión total a la empresa emisora, aunque pragmáticamente se realiza, y la resultante entre el valor pagado y lo vendido se constituyen en la utilidad por la operación de la Underwriter.²⁵

Doctrinantes especializados en asuntos contractuales han dado por llamar a esta modalidad colocación no en firme por la razón de estarse acercando la relación contractual al corretaje de valores debido a que el Underwriter no financia de manera inmediata los títulos que va a colocar en el mercado, debido a la circunstancia aleatoria que rodea esta modalidad.

Si se trata de contratos de underwriting en firme o garantizados con sociedades comisionistas de bolsa, éstos deberán someterse a la aprobación de la Superintendencia Financiera en forma previa a su celebración, salvo que se haga uso del régimen de autorización general.

- Underwriting o Colocación Todo o Nada. En esta modalidad el Underwriter asume los puntos antagónicos por cuanto no hay términos medios, o coloca todo o no coloca nada en un plazo determinado.

La colocación bajo esta modalidad es la antítesis de la colocación en firme y también la colocación garantizada. Si el Underwriter no logra la colocación total de los valores en el mercado debe hacer la devolución de dineros recibidos a los escasos compradores y devuelve también los valores a la empresa emisora.

Es importante señalar que si el Underwriter no logra colocar la totalidad de los títulos emitidos, está obligado a comprar la parte no colocada sobre una base prorata y deben por su cuenta y riesgo venderla posteriormente en razón del compromiso adquirido.²⁶ Es importante señalar que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano regula las actividades que pueden desarrollar las sociedades fiduciarias dentro de las cuales se contemplan entre otras: (a) Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías para terceros y así garantizar el cumplimiento de las obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre que recaigan las garantías y la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece; (b) obrar como agente de transferencia y registro de valores; (c) obrar como representante de tenedores de bonos; (d) obrar como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, o por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin; (e) prestar servicios de asesoría financiera; (f) emitir bonos por cuenta de una fiducia mercantil, así como emitir bonos por cuenta de una o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista.

De tal manera que para adelantar dicha información se requiere que el Underwriter demuestre una gran solvencia económica y así se desprende del riesgo que éste asume en la colocación ante el público de los títulos emitidos.

²⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles Tomo II, Contratos Atípicos*, Editorial DIKE 3ª Edición 1998.

²⁶ <http://www.ilustrados.com/publicaciones/EpyEKEEkyCryaKDId.php>

CONCLUSIONES

Los Contratos atípicos, como los señalados en el presente escrito, han venido siendo objeto de uso regular desde hace varios años, por empresas y empresarios, que encuentran en ellos grandes bondades para su operatividad y están lejos de las trabas jurídicas, tan comunes en Colombia.

La Franquicia, se ha constituido en una alternativa de independencia laboral, y como respuesta a esas equivocadas políticas comerciales de gobiernos de los últimos años, se busca la solución de manera inmediata a los altos índices de desempleo. El franquiciado nunca se convierte en un dependiente del franquiciante, y por el contrario goza de cierta autonomía para el manejo de un negocio desarrollado bajo esa modalidad contractual.

Para evitar los gastos de administración y costos laborales, que demanda cada uno de los empleos en Colombia, muchas empresas han optado por la “tercerización” o internalización más conocida

como Outsourcing, contrato que cada día va cobrando más fuerza, en razón de aliviar costos y mejorar calidad en productos y servicios.

Los TLC, no han contribuido con el desarrollo del país como equivocadamente pretende hacerlo creer el gobierno. El ingreso de muchas toneladas de mercancías con bajos aranceles y tratamientos especiales desde el punto de vista fiscal, solo ha llevado al cierre de muchas empresas nacionales y al empobrecimiento del sector agrario, situación que debe ser aprovechada por los víctimas del sistema para mirar otras opciones empresariales y de oferta laboral.

Uno de los primeros pasos en el proyecto de Outsourcing, y quizás el más importante en el interior de las organizaciones, consiste en seleccionar los procesos que podrían ser subcontratados. Posteriormente se deben seleccionar las compañías Outsourcing que podrían hacerse cargo de los procesos para así asegurar que los resultados en la productividad sean los más óptimos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. 1998. Contratos Mercantiles. Tomo II. Contratos Atípicos. Biblioteca Jurídica Diké, Tercera Edición, Medellín.

SCOGNAMIGLIO, Renato. 1993 Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Santa Fe de Bogotá.

TORRENTE BAYONA, César; GALINDO VANEGAS, Héctor Rubén; ALTURO GARCÍA Sandra. 1995. Las Franquicias, un Estudio Legal y Contractual. Cámara de Comercio de Bogotá. Santa Fe de Bogotá.

VANEGAS SANTORIO, Antonio. 1999. El Contrato de Franquicia. Ediciones librería del Profesional. Primera Edición. Santa Fe de Bogotá.