

# EL CONTRATO DE FRANQUICIA: LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE UNA REALIDAD ECONÓMICA

## THE FRANCHISE AGREEMENT: THE LEGAL DIMENSION OF AN ECONOMIC REALITY

Mauricio Javier Restrepo Navarro<sup>1</sup>

Víctor Hugo Serrano Miranda<sup>2</sup>

### **Resumen:**

Hoy en día Colombia es reconocida en Latino América como uno de los referentes macroeconómico en el tema, ya que en los últimos 20 años el contrato de franquicia ha tenido un aumento desmesurado, con cada vez más acogida y con un impactante crecimiento comercial, encontrando los comerciantes un terreno fértil y de expansión, jalonados con diversos factores económicos, razón por la cual entraremos a determinar si es necesario o no la regulación de los Contratos de Franquicias y en relación a esta incógnita presentar las dos (2) posiciones existentes y perimetralmente opuestas entre sí, una regulatoria que manifiesta que es necesario la intervención del legislador para cortar de tajo los vacíos que son constantes en dichas relaciones y que dicha atipicidad propenda por desequilibrios producto de las relaciones nacidas a la sombra del capitalismo salvaje en el que impera la ley del más fuerte; Entre tanto, existe otra posición, la cual manifiesta que no es necesario la regulación, puesto que atentaría contra la naturaleza consensuada que es la esencia misma del modelo de Contrato Franquiciatario, lo que según dicha posición, limitaría la autonomía de la voluntad de las partes.

### **Palabras clave:**

Contrato de Franquicia, Know-How, Dimensión Jurídica, Regulación, Economía.

### **Abstract:**

Today, Colombia is recognized in Latin America as one of the macroeconomic benchmarks in the subject, since in the last 20 years the franchise contract has had a disproportionate increase, with more and more reception and with a shocking commercial growth, finding the merchants fertile ground and expansion, marked with various economic factors, which is why we will determine whether or not it is necessary to regulate the Franchise Contracts and in relation to this question present the two (2) existing and perimetrally opposed positions among themselves, a regulatory one that states that the intervention of the legislator is necessary to cut the voids that are constant in these relations and that said atypicality is prone to imbalances resulting from relations born in the shadow of savage capitalism in which the law prevails of the strongest; Meanwhile, there is another position, which states that regulation is not necessary, since it would undermine the consensual nature that is the very essence of the Franchise Contract model, which according to this position, would limit the autonomy of the parties' will.

### **Key Words:**

Contrac Franchise, Know-How, Legal Dimension, Regulation, Economy.

<sup>1</sup> Mauricio Javier Restrepo Navarro, Abogado Universidad del Atlántico. 2010. Estudiante de Especialización en Derecho Comercial 2017. [manai885@hotmail.com](mailto:manai885@hotmail.com).

<sup>2</sup> Víctor Hugo Serrano Miranda; Abogado Corporación Universitaria del Caribe (CECAR) 2014. Estudiante en Especialización en Derecho Comercial 2017, [vhsermi@gmail.com](mailto:vhsermi@gmail.com).

## 1. Introducción

El Contrato de Franquicia se ha convertido en los últimos 20 años en un renglón importante de la economía Colombiana, que representa sin lugar a dudas un modelo de negocio que año tras año se abre paso como una figura de relevancia en el ámbito legal y económico de nuestro país, el cual representa en la actualidad un sustento de gran crecimiento a pesar de la pasividad del modelo de negocio Colombiano para hacerse de sus marcas por medio de esta figura.

Es así como este sistemático crecimiento en su uso y proyección, se refleja en un crecimiento cada vez más exponencial en la figura contractual de la Franquicia, que desde el 2003, ha venido evolucionando en una proporción relevante trayendo consigo la consolidación de más de 500 franquicias registradas actualmente, esto según datos suministrados por la Cámara Colombiana de Franquicias (Masfranquicias, 2017).

Dicho nivel de expansión se puede igualmente corroborar en el hecho de que las unidades de negocios de franquicias en el país, han elevado su presencia de 3.000 a más de 10.000 a la fecha, y con respecto a Negocios Nacionales pasaron de 110 a 443 marcas en los últimos 11 años, generando cerca de 45 mil empleos directos, sin contar con los indirectos que se promueven en las temporadas altas (Masfranquicias, 2017).

Este esquema de negocio, en definitiva se ha convertido en un motor de emprendimiento, pues tal y como lo exponen las estadísticas, Según El tiempo,

(2017) el 56% de los negocios franquiciados en el país son de origen Nacional, en las que se resaltan como pioneras, marcas tales como JUAN VALDEZ, y el restante 44 % corresponde a la línea de negocio extranjera liderada por marcas reconocidas a nivel mundial tales como Starbucks, McDonald's y Subway, respaldados en lo atractivo que es nuestro país en estos nuevos negocios, en razón de que se trata del 4º mercado de franquicias en Latinoamérica, con un crecimiento anual promedio que oscila en el 6,2% (Masfranquicias, 2017).

Pese a esto, en Colombia, al igual que en la gran mayoría de los países donde se implementa esta figura, se carece de una legislación que compacte todo el espectro de gestión y negociación en lo que respecta este tipo de Modelo Contractual, regulando así las liberalidades propias de este tipo de Contrato, por lo que cada vez toma más fuerza la corriente regulatoria que insta a una definición clara de las reglas de juego y garantías con que cada parte debe contar al momento de suscribir este tipo de Contrato.

De aquí nace nuestra primera pregunta

**¿Acaso no es necesario una regulación que consolide de manera específica todas las formas de franquicia en nuestro país?  
¿Es o no conveniente para quienes intervienen en ella y para el Estado?**

La discusión está abierta, pues cada vez es más proclive en el Contrato de Franquicia una tendencia a la regulación, esto ante las libertades en que las partes se mueven para definir sus condiciones, además se direcciona como una forma de poner freno a las desigualdades y vacío que son el común denominador en el modelo contractual Franquiciatario, pues los diversos actores y participantes del sector de Franquicia en

Colombia, solicitan cambios ante la evolución del Contrato, de modo tal que se sincronice con aquellos países que van a la vanguardia en este proceso regulatorio y más tratándose de la figura del Contrato de Franquicia Internacional.

En este contexto, tenemos por un lado los partidarios de la regulación, quienes ven en esta herramienta una forma de socavar en la necesidad de evolución a donde se dirige este Modelo, además de considerar que al regular el Contrato de Franquicia todas aquellas desigualdades y riesgos contractuales existentes, reducirían significativamente, así como también se reduciría la brecha de vacíos que son la constante en dichas relaciones. Esta tendencia invita además a que dicha regulación sea moderna y ajustada la actualidad de los escenarios en los que se desenvuelve el modelo de Franquicia, más exactamente a temas de marcas y propiedad intelectual, que son una parte primordial e integral de la gran mayoría de los Contratos de Franquicias en la actualidad y que hoy son materia de discusiones dudas y errores en su manejo.

Esta corriente regulatoria obedece principalmente al ascenso desmesurado que ha tenido el modelo de franquicia en el contexto del Comercio Internacional y los diversos riesgos que representa su no regulación pues las estafas, engaños y el desconocimiento de los derechos con que se cuentan, dan pie a dicha necesidad de la cual Colombia por supuesto no puede ser ajena, por lo que el debate sobre la necesidad de normar las condiciones generales preestablecidas, por mínima que sean, permite concluir de la necesidad de reglamentar el Contrato de Franquicia en Colombia, tal y como ha pasado con otros Contratos comerciales como la

Compraventa, el Arrendamiento de local comercial, la Agencia Comercial, el Contrato de Suministro, Contrato de Transporte, el de Fiducia, entre otros.

Perimetralmente opuesta, está el sector mayoritariamente reconocido que propensa por la no regulación, al considerar que la misma atentaría contra el modelo mismo del Contrato de Franquicia y sus libertades de negociación, toda vez que el hecho de imponer normas a los Contratantes, podría desestimular la autonomía de la voluntad de las partes que es la piedra angular en dicha figura contractual, en razón de que este modelo permite fijar sus propias reglas de juego, así como también desarticular el negocio y causar un efecto contrario.

Estas posiciones ubicadas en esquinas completamente opuestas, han inclinado la balanza del negocio a la autorregulación del Contrato de Franquicia en Colombia, propiciando la coexistencia de códigos de ética, normas técnicas como la NTC 5813 del Icontec y costumbres reconocidas por las Cámaras de Comercio. Según (Quiroga, 2014) refiere que aunque no sean normas de obligatorio cumplimiento, son reglas de conducta que en sí misma aportan a un marco de acción preestablecido por las partes interesadas en este Modelo de negocio, permitiendo orientar y blindar, en cierta medida, las obligaciones, deberes y derechos de las partes; Algo si es claro, y es que está mal llamada autorregulación se queda corta ante un sector que ha venido avanzando a un paso abrumador y que cuenta con cada vez mayor acogida, demanda y crecimiento comercial, por lo que se hace necesaria la intervención del legislador

para cortar de tajo la atipicidad del Contrato de Franquicia en Colombia.

Si revisamos en el contexto internacional, encontramos diversos estados que han resuelto este choque y se han convencido de las necesidades que impactan la regulación del Contrato de Franquicia, así como lo indica (Quiroga, 2014) en los países tales como Estados Unidos de América, abanderado en el tema, España, México, Brasil, China, Canadá, Rusia, Japón, Italia, Australia, Sudáfrica, Corea del Sur, Indonesia, Bélgica y Suecia, solo por nombrar algunos. En todas estas existe un común denominador que son los Factores de relevancia del Contrato, los cuales son: (i) Divulgación de la información; (ii) Registro de la franquicia que se ofrece; y (iii) Relación entre las partes (García, 2010).

Dicho sea de paso, si bien la inexistencia de una regulación que abarque todos los conceptos y condiciones típicas del Contrato de Franquicia es una realidad, esto no supone que el mismo se encuentre desprotegido, más por el contrario, la normativa Colombiana brinda un marco legal sólido que permite fijar algunas reglas ante vacíos o dirimir controversias en la relación contractual, en escenarios tales como la propiedad intelectual, secretos empresariales, normas sanitarias, inversión extranjera, compraventa, competencia, protección al consumidor, sociedades y principios generales de derecho, normas que si bien no fueron pensadas en razón del Contrato de Franquicia, sí brindan soluciones contractuales en los escenarios respectivos.

Las opiniones planteadas y las

discusiones sobre el tema serán constantes, por lo que la polémica planteada sólo será resuelta con el tiempo y la evolución del modelo de Franquicia la cual nos permitirá concluir el mejor de consenso que permita adoptar una normativa oficial, sin que sea detallada, pero que incluya aspectos tales como la divulgación de información, definición del contrato (elementos esenciales), ley y jurisdicción aplicable, renovación, terminación y transferencia de los asuntos de la franquicia, confidencialidad, cambios unilaterales, competencia, lavado de activos, registro, obligaciones civiles, laborales, tributarias y mercantiles en general, derecho de marcas, propiedad intelectual, sin desconocer aquellas que atañen a la ocurrencia de delitos que afecten a las partes intervinientes y terceros.

## **1. Metodología**

La metodología de la investigación utilizada en el presente artículo, se hizo tomando como base, un tipo de investigación descriptiva, analítica de la concepción jurídica del Contrato de Franquicia en Colombia, bajo la premisa de que dicho análisis nos permitirá aproximarnos a un conocimiento objetivo del tema y del problema jurídico traído a colación, más teniendo en cuenta que para comprender la realidad socio jurídica del Contrato de Franquicia, hay que incluirlo como parte de un sistema e interpretar los casos en concreto teniendo en cuenta la funcionalidad en sí misma y las conclusiones sustanciales que la misma arroje.

Así mismo, al hacer un análisis de todo el contenido doctrinal referenciado, nos

permitirá exponer los principales aspectos del Contrato de Franquicia y establecer las necesidades evidenciadas que nos permitan definir la condición regulatoria levantada en el problema Jurídico, por lo que dicha investigación nos permitirá establecer conceptos claros y determinar que en el tema de Contrato de Franquicia, existe una dimensión jurídica dentro de un marco de la realidad económica el cual insta a definir elementos sustantivos y adjetivos que fijen las reglas de juego clara que deben implementar las partes en este modelo de negocio. Para ello integraremos el concepto jurídico del Contrato de Franquicia con base en los preceptos legales existentes y de los cuales se deriva, además poder encontrar objetivos claros en la división formal del ordenamiento jurídico que regula esta figura contractual y por ultimo hallar los principios generales en que se construye el modelo económico regulado con el contrato de franquicia.

## **2. Desarrollo.**

La internacionalización del comercio así como también la expansión de las redes sociales, ha permitido que cada vez sea más claro la eliminación de barreras arancelarias que permiten a diversos negocios extranjeros encontrar en la franquicia un modelo propicio para entrar en carrera en nuevos mercados. Las grandes compañías han venido dando un giro notable a las políticas de capitalismo salvaje que las reinaban, en donde imperaba la ley del más fuerte, trasladándose a un modelo ético, aceptable basado en principios de coparticipación y en cadenas de negocios en donde impere el yo gano tu ganas, cuya mejor muestra es sin lugar a dudas

la franquicia.

Paralelamente a esto, empresarios Colombianos comenzaron igualmente a ver en el formato de la Franquicia, un terreno fértil de expansión propiciado por el modelo competitivo del Contrato de Franquicia que con crecimientos exponenciales a corto y mediano plazo comenzaron a llamar la atención de diversos actores económicos. Particularmente en Colombia desde principios de los años 90 comenzó a consolidarse poco a poco estos modelos de negocios y a pesar de que su avance fue lento y poco agresivo, teniendo en cuenta la temerosidad de los comerciantes nacionales y sobre todo los vacíos legales existentes para dicha figura, con la entrada del nuevo siglo se comenzaron a consolidar con cada vez mayor notoriedad los modelos de Franquicia en nuestro país, inclusive en la actualidad el propio Gobierno Nacional ha buscado herramientas para consolidar esta figura otorgándole un marco de acción propicio para que su acceso sea general y transparente, dando los primeros pasos de lo que consideramos debería desembocar en una regulación independiente para este tipo de negocios.

En el contexto legal Colombiano el Contrato de Franquicia, doctrinalmente es considerado un contrato atípico y nominado y en tal virtud se rige por los principios generales de los Contratos, la autonomía de las partes y por la costumbre, adicionalmente le son aplicables tanto las normas generales del derecho como las originadas por los usos y las prácticas sociales, de ahí que el modelo de franquicia, dentro de lo atípico de su regulación, doctrinalmente nos

ofrece múltiples opciones para encuadrar un concepto claro e integral de lo que es este modelo de contrato, ya que termina ponderándose en sí mismo, figuras contenidas en contratos como el comodato, distribución, arrendamiento, concesión, mandato y Acuerdos de colaboración que permiten construir un modelo legal versátil y desarrollado. Es así como encontramos que diversos autores se permiten ofrecer conceptos de todo tipo, pero nos inclinamos a compartir un concepto eminentemente técnico.

“Aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución comercial de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales.” (Mazorati, 2001, p.5).

Por lo que es debido precisar que los elementos que determinan la relación contractual en la Franquicia son los que a continuación reseñaremos:

- **Franquiciante:** Empresa que

permite a un inversor usar su marca y Know-how para obtener ingresos, existe una franquicia (Orozco et al, 2006).

- **Franquiciado:** Persona natural o jurídica que se beneficia de la marca y el Know-how a cambio del pago de una regalía (Mosquera, 2010).
- **Marca:** cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado conforme el (artículo 134, Decisión 486 de 2.000 artículo 134.)
- **Know-how:** El (decreto 2123 de 1.975, en su artículo primero), define al Know How como la experiencia secreta sobre la manera de hacer algo, acumulada en un arte o técnica susceptible de cederse para ser aplicada en el mismo ramo, con eficacia.
- **Contrato:** el (Art-1602 del Código Civil) colombiano establece taxativa e imperativamente que el contrato es ley para las partes, debido a que son obligaciones que nacen de la naturaleza y/o modalidad del contrato que gentilmente suscriben las partes

El Contrato de Franquicia como se definió anteriormente, no se encuentra regulado en nuestra legislación y a pesar de que ha evolucionado favorablemente en los últimos años, con un crecimiento sostenible en nuestro país, su no regulación si bien constituye facilidades para los comerciantes, también es cierto que puede propiciar el establecimiento de posiciones de conveniencia o desventajosas para alguna de las partes, por lo general el Franquiciado. Es tal la

discusión jurídica sobre este tema, que muchos podrían considerar antes de brindarle características propias al Contrato de Franquicia, considerarlo un contrato de colaboración empresarial u otro tipo de contrato que contenga diversas modalidades contractuales.

La relevancia de esta discusión se concentra en la importancia de valorizar o no la autonomía de este tipo de contrato como generadores de obligaciones de tipo económico completamente independiente, y de ese modo analizar y concluir si los principios generales, las costumbres, las prácticas sociales y las normas existentes en nuestro país, permiten o no un desarrollo jurídico de este modelo contractual, en el entretanto del análisis de la conciencia jurídica de los doctrinarios se contraponen las dos corrientes a fin de proponer soluciones y recomendaciones, más tratándose de corrientes paralelamente opuestas como son la corriente clásica que insiste en la anti formalidad por considerar que la regulación de este tipo de contratos limitaría la consensualidad de las partes, además consideran igualmente que no es necesaria dicha regulación ya que existen suficientes normas generales previstas en el ordenamiento jurídico comunes para este tipo de obligaciones, contrapuesta a una corriente moderna o regulacionista que insiste en la necesidad de regular este tipo de contratos, por considerar que su expansionismo amerita reglas claras de juego, además de ofrecer normas que regulen la equidad de las relaciones contractuales en este tipo de contratos, y que velen por la transparencia de los acuerdos, evitando que se presenten situaciones como fraudes, estafas, abuso de confianza u otros tipos de delitos.

(Darío, 2017) manifiesta que en algunas Circunstancia el país, algunas compañías han realizado contratos en modalidad de franquicias sin ser los titulares de las marcas sobre la cual lo celebran, ya que en Colombia no hay una legislación sobre las franquicias.

Colombia hoy por hoy es considerado un referente macro económico en el tema de franquicia en Latino América, tanto así que en este ambiente inversionista cada vez más creciente, no puede hacerse ajeno el Estado, por lo que debería liderar procesos que no solo regulen los intercambios de bienes y servicios, sino que fije el marco de legalidad para establecer dichas relaciones. Por otro lado también es evidente que en una economía de mercado como la nuestra, sea necesario que a los agentes económicos se les permita el uso de la libertad contractual y de ese modo establecer el libre contenido y los términos contractuales de sus relaciones comerciales; Ante estos escenarios contrapuestos entre sí, es importante establecer elementos objetivos que permitan propuestas acordes a nuestra realidad jurídica, pero sin desconocer la realidad socioeconómica, pues el contrato de franquicia ha alcanzado una importancia tal, que le ha permitido dinamizar la economía siendo fuente de empleo y de innovación en la expansión de nuevos negocios.

### **3.1 Reglamentación del Contrato de Franquicia en Colombia.**

Generalmente todo Contrato exige una ley aplicable al mismo, de modo tal que se soporte la fijación de las reglas, elementos y características propias del acto jurídico respectivo. Pero como sabemos, en nuestro país, en la actualidad no hay reglas que regulen directamente el Contrato de Franquicia tal y como lo conocemos, por lo que bajo este entendimiento, la Franquicia se conoce

como un contrato atípico, porque refleja un negocio jurídico que no está regulado por nuestro Código de Comercio, por lo que sus cláusulas son, en principio, negociadas dentro del marco de la consensualidad y liberalidad de las partes; En consecuencia, dado que la Franquicia está regulada principalmente en el marco de un Contrato Comercial, el derecho aplicable es el sistema general de los contratos y las obligaciones del Código Civil y Comercial, en virtud del cual se regulan los principios que rigen este tipo de negocios, sin olvidar las obligaciones del derecho civil (efectos, interpretación, extinción modo, cancelación o terminación).

Partiendo de dicha base, encontramos que los Contratos de Franquicia Comercial han adquirido una gran importancia en nuestra economía y que en definitiva se trata de Contrato de colaboración constituido con una serie de características que pueden generar algún tipo de confusión con otra tipología de contratos ante la no regulación del mismo, estamos en presencia de un Contrato complejo de construir, con una serie de elementos y características tan versátiles y variadas, que nos permiten interpretar que uno de los mayores problemas de su no regulación es precisamente esto. Además, si tenemos en cuenta que las cifras de generación de empleos sostenibles son cada vez más significativas, aunado a la participación de este tipo de negocios en los PIB de cada país y el crecimiento cada vez más significativo en la economía mundial, del cual Colombia no ha sido ajena, aportando un total, como lo indica la (Cámara de Colombiana de Franquicias, 2017) a la fecha de casi 500 marcas, con

más de 10.900 establecimientos Franquiciados registrados (Jaramillo, 2017), cifras a las que se llegó incluso en las etapas de crisis económicas internacionalmente conocidas, tenemos que las condiciones están dadas para buscar un consenso en pro de la corriente regulatoria de este modelo.

Así las cosas y más teniendo en cuenta, que pueda existir alguna posición que considere al Contrato de Franquicia como un Contrato contenido o que haga parte de otro tipo de Contrato con que analógicamente se tenga alguna singularidad económica, como es el caso de los Contratos de distribución, el contrato de concesión comercial, el contrato de agencia comercial y el de licencia de la marca, procederemos inicialmente a desvirtuar esta posibilidad al demostrar brevemente algunas discrepancias entre ellos:

**Contrato de Franquicia y de Distribución:** En el de distribución se evidencia el vínculo entre el productor y proveedor o expendedor (Farina, 1999). Donde el distribuidor utiliza su propio nombre comercial y marca, desarrollando su actividad por sí mismo, corriendo con todos los riesgos. Por otra parte en el contrato de franquicia se utiliza la marca del Franquiciante de productos, donde de igual forma se puede incluir la distribución como un conjunto de bienes a través de una cadena de franquiciados (Khan, 1998)<sup>3</sup>,

---

<sup>3</sup> Franquicia de distribución: permite la venta de un bien o de un conjunto de bienes a través de la cadena de franquiciados. En cuanto al franquiciante, éste puede cumplir dos funciones: a) la de distribuidor frecuentemente central de compras o de referenciamiento para sus franquiciados (p Supermercados en franquicia); b) La de productor, quien a través de sus franquiciados, tratará de vender su producción (pret a proter, cosmemética).

pero su característica y diferencia principal es la cesión del know-how y una ayuda en el desarrollo de la práctica con preparación y capacitación por la que deberá cancelar una regalía. Generándose de esta forma un beneficio para el Franquiciado ya que podrá incursionar en un negocio rentable.

**3.1.1 Contrato de Franquicia y Concesión:** El contrato de concesión se podría definir como la convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente (Marzorati, 2001), donde el concedente solo da a conocer algunas pautas comerciales, mientras que la Franquicia vincula la transferencia del know-how, donde el Franquiciante recibe el pago de una regalía de forma anual.

**3.1.2 Contrato de franquicia y de Agencia Comercial:** En la franquicia se genera la explotación de la marca y del Know-how bajo la responsabilidad del franquiciado asumiendo con ello todos las consecuencias y riesgos generados que tiene este tipo de contratos, en relación a la Agencia Comercial su explotación económica se genera de forma individual, pero a nombre del empresario.

**3.1.3 Contrato de Franquicia y Licencia de marca:** En el contrato de licencia de marca se registra ante la superintendencia de Industria y Comercio, en la cual las partes llegan a un acuerdo donde se transfiere el uso y/o explotación de la marca. En cambio en la Franquicia se transfiere el derecho de Hacer “know-how”, por lo que el Franquiciante debe garantizar una

asistencia técnica de capacitación y apoyo mientras el contrato este en su vigencia o en sus prorrogas.

En consecuencia a lo expuesto, es debido manifestar que el Contrato de Franquicia al no ser regulado en nuestra legislación de manera directa, es evidente que esta clase de contratos por falta de regulación legislativa se puedan tornar vulnerables y propicios para la comisión de delitos tales como estafas y fraudes, máxime por todo lo que ha significado su consolidación en el comercio, por lo que la falta de un ordenamiento legislativo, no le permite a las personas con interés de ser franquiciados, contar con medios suficientes de protección que minimicen los riesgos comunes que pueden presentarse en un contrato de franquicia tales como estafas, engaños, actos de competencia desleal, usurpación de marcas o de know-how entre otros (Quiroga, 2012).

Ciertamente, en el caso en particular Colombiano, es innumerable la doctrina y la jurisprudencia que se pronuncia sobre el caso en concreto del Contrato de Franquicia, y partiendo del axioma definido de que se trata de un Contrato atípico de carácter comercial, como se indicó anteriormente le son aplicables las normas generales de carácter imperativo contenidas en el Código Civil, Código de Comercio y los usos y costumbres comerciales, pero que cuentan con una tipicidad social. En conclusión, podemos definir que a la franquicia en Colombia le son aplicables los principios generales de los Contratos, el principio de autonomía de la Voluntad, la Buena fe y los principios de orden público.

Ya dentro del contexto constitucional, podemos encontrar una referencia inequívoca que puede ser el principio de la protección constitucional de este modelo Contractual, cuando en el (Artículo 333 Constitución Política, 1991) consagra la autonomía privada en beneficio de la actividad económica, de manera tal que se proteja la promoción de negocios basándose en las libertades y la consensualidad entre las partes, por supuesto dentro del marco del bien común.

Tenemos entonces, que al sumar todo este contexto legal y constitucional, nos hayamos de frente con lo que podríamos interpretar como el marco legal del Contrato de Franquicia en Colombia, del cual debemos resaltar las normas definidas a través del (Artículo 822 de nuestro Código de Comercio, 1971) que determina los principios que imperan al momento de formar un Contrato de origen comercial, de modo tal que al aplicarse en compañía de la regla establecida en el (Artículo 1602 y s.s. del código civil, 1873) encontramos que el elemento principal de nuestro Contrato en estudio, es sin lugar a dudas el Acuerdo de Voluntades, que se convierte en cierto modo en el ejercicio de la consensualidad de sus actos que le permite hacer las veces de normador de su actividad, eso sí, hasta el límite que la ley así lo permite. Tanto es que (Becerra, 2003) definió la franquicia como un acuerdo de voluntades que se consolida con un contrato que se lleva a cabo entre dos personas naturales o jurídicas, donde el franquiciante cede al franquiciado el uso de la marca y el know-how, para la producción y comercialización de sus productos o la prestación de un servicio, a

cambio de un pago inicial y consecutivos pagos en razón al porcentaje de ventas del franquiciado.

Paucar (1992): “en relación con los contratos atípicos, propueso una pirámide normativa para su regulación, a saber: las disposiciones contractuales conforme a lo establecido en el artículo 4 del código de comercio; las normas de la teoría general de los contratos y de las obligaciones señaladas en los artículos 822, 823 y siguientes del mismo estatuto; la costumbre mercantil, conforme al artículo 3 del código de comercio; la costumbre internacional; los principios generales del derecho comercial; y por último la analogía general con el derecho civil o común y con las otras ramas del derecho a que se refiere el artículo 8 de la ley 153 de 1887.” (p.38 a 44).

Ahora bien, el (artículo 8 de ley 153, 1887) establece que Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho, de donde se desprende que, en tanto existan figuras jurídicas afines debidamente reguladas, se podrá, de conformidad con el artículo citado, aplicar la figura de la analogía.

Pero todo este contexto legal, constitucional y doctrinal enunciado de manera general, no permite concluir que estemos en frente a lo que se considera como un marco legal abstracto y flexible a la versatilidad misma del modelo de

Franquicia, ni mucho menos puede entrar a pronunciarse sobre los diversos elementos esparcidos sin ningún esfuerzo de conexión, más que el valor doctrinal de los mismos, por lo que es vital poder contar con una norma que nos permita inferir que su adaptabilidad será consecuente con el entorno económico y legal de nuestra realidad comercial, lo que demostraría que existen esfuerzos serios por atraer el interés y la confianza de los Franquiciados y que se decidan sin dubitaciones a acceder a un modelo de expansión empresarial tan exitoso como este. De este modo, podrá el franquiciado, a través de una norma regulatoria de este contrato exigir la divulgación de la información sobre la franquicia en particular en que está interesado, su experiencia en el mercado, el Know How comprobable, la asistencia técnica necesaria, temas de marcas, exclusividad y demás detalles que sean de su interés y que consoliden el nivel de confianza exigido para hacerse parte de este modelo de negocio; En el entre tanto, desde la posición del Franquiciante, la posibilidad de regulación entraría en el mismo sentido de reciprocidad a brindarle confianza de que su negocio no será desprestigiado por un tercero franquiciado en mala fe, ni mucho menos explotado irregularmente, o colocar en juego el secreto empresarial, protegiendo su concepto de negocio a través de las reglas de propiedad industrial e intelectual y de secreto empresarial aplicables al caso en cuestión.

En concordancia con lo anteriormente expresado concluimos que si bien el contrato de franquicia comparte elementos o características de otros, entre los cuales podemos resaltar el contrato de

licencia de marca, el contrato de transmisión de know how, el contrato de asistencia técnica y el contrato de suministro, resulta claro que en los contratos típicos como lo son el de licencia (Artículo 161 decisión 486) y el de suministro (Artículo 968 del C. Co), en relación con las cláusulas específicas relacionadas con éstos, habría lugar a aplicar las normas que regulan los mismos ante la inexistencia de normas estrictamente creadas.

Es tan evidente la atipicidad de este tipo de contratos que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre distintas situaciones o controversias suscitadas ante la imposibilidad de las partes de tener claridad sobre las reglas y elementos que estructuran y dan base a su relación comercial, tal es el caso que el (expediente No.3939, 1996) en la cual entra a pronunciarse esta corte sobre eventos atinentes a la utilización de denominaciones falsas o engañosas en la que la compañía ALIMENTOS NACIONALES PINKY S.A.S. incurrió y donde se determinaron actos de competencia desleal, en razón de la mala utilización que se hizo sobre el sistema de franquicia que en ese momento implementaba la empresa FRYSBY LTDA, en la cual se llevó a cabo un uso indebido de la marca y conocimientos empresariales en provecho y beneficio del franquiciante y detrimento del franquiciado, por lo que la corte sentó un precedente jurisprudencial sobre los efectos de la competencia desleal y la publicidad engañosa tendientes a crear confusión en el consumidor final. Así mismo, encontramos el (expediente No.1100102030002012-01628-00 y

01629-00, 2012) cuyo pronunciamiento es de un valor significativo pues nos indica el contexto de protección a garantías de igualdad, debido proceso, acceso a la administración de justicia, pero sobre todo a la prevalencia del derecho sustancial en los acuerdos de voluntades nacientes del Contrato de Franquicia y donde se ponderaran los elementos de dicha voluntad, a partir de la confesión ficta de la parte demandada, obligando de ese modo a demostrar el cumplimiento del contrato en los aspectos acordados, garantizando el respeto a los acuerdos de voluntades que reflejan el contrato.

### **3.2. Derecho Comparado.**

En el contexto internacional, como referenciamos en su momento, encontramos que hay diversos estados que han fijado su posición frente a este esquema de atipicidad y se han inclinado a una corriente de legalización de este modelo contractual, convencidos de que las necesidades que impactan la regulación del Contrato de Franquicia permiten el establecimiento de normas claras para su consolidación y evolución, tal es el caso de países como Estados Unidos, España, México, Brasil, China, Canadá, Rusia, Japón, Italia, Australia, Sudáfrica, Corea del Sur, Indonesia, Bélgica, Suecia, (Quiroga, 2014).

El común denominador en las regulaciones existentes en estos países, es sin lugar a dudas la preexistencia de los denominados Factores de relevancia del Contrato, los cuales son: (i) Divulgación de la información; (ii) Registro de la franquicia que se ofrece; y (iii) Relación

entre las partes (García, 2010). A continuación haremos una breve reseña de los casos más relevantes de la configuración de formalización legal del Contrato de Franquicia en otros países que van a la vanguardia en este tema.

#### **3.2.1 Contrato de Franquicia en Estados Unidos.**

Pocos países cuentan con una regulación tan robusta y detallada como lo tiene Estados Unidos, y es sin lugar a dudas el país en donde se refleja con mayor detalle la evolución y el crecimiento del Contrato de Franquicia en la estandarización de este modelo de negocio que está muy arraigado en la cultura económica norteamericana, y representa un porcentaje considerable de la facturación del comercio minorista que pertenece a este renglón de la economía. En la primera década de este siglo, creció un 15% la apertura de nuevas franquicias en dicho país, y de ellas más del 90% seguían funcionando en la segunda década del mismo siglo, lo que permite deducir la estabilidad y la credibilidad en la figura (Khan, 1998).

El Contrato de Franquicia se comenzó a regular desde finales de los 70's, cuando se dieron a la tarea de regular las relaciones entre el Franquiciante y franquiciado, a través de la *Full Disclosure Rule*<sup>4</sup>, norma que pertenece a la Comisión Federal de Comercio (FTC), en ella se obligó al Franquiciante a indicar la información precontractual.

---

<sup>4</sup> "Disclosure requirement and prohibitions concerning franchising and business opportunities venture"

Sin duda esto se convirtió en el primer intento de regulación del Contrato de Franquicia en el mundo y fue el punto de partida de muchas de las legislaciones. En la actualidad Estados Unidos cuenta con más de 25 estados que tienen sus propias normas de franquicias, los cuales tomaron como base las normas expedidas por la FTC, tal es el caso de estados como California<sup>5</sup>, Minnesota<sup>6</sup> y New York<sup>7</sup>, estados que cuentan con su propia reglamentación al respecto y exigen que se cumpla con la Circular de Oferta Uniforme de Franquicia (UFOC), la cual es más detallada que la FTC en aspectos tales como la terminación del Contrato, evitando posiciones ventajosas para alguna de las partes, velando siempre por el equilibrio consensuado y la naturaleza bilateral del Contrato.

En definitiva, la regulación en el país del norte tiene dos líneas de formalización a través de leyes federales que se sustentan en principios de protección sólidos y transparentes y que a su vez desarrollan el modelo Franquiciatario en una línea de divulgación de información clara y expresa que no dé lugar a dudas, de ahí que se obligue al Franquiciante a que antes de la celebración de un Contrato deba entregar por escrito con un grado tal de información que no deje lugar a duda. (Marzorati, 2001, p.140).

---

<sup>5</sup> El Estado de California definió el Contrato de franquicia como el contrato o acuerdo expreso o implícito en forma oral o escrita entre dos o más personas por la cual al franquiciado le es concedido el derecho de ingresar en el negocio de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios bajo el plan de mercado o sistema prescripto o sugerido en parte sustancial por el Franquiciante (...)

### 3.2.2 El Contrato de Franquicia en México.

El país Centroamericano es el segundo país con más franquicias en el continente, por lo que se vio obligado a comenzar a construir un establecimiento legal consecuente con el auge de este modelo de negocio. Para ello expidieron a principios de los 90's su propia Ley de Propiedad Industrial, que si bien no fue su primer intento, se consolidó como un modelo a seguir por los demás países que se han visto en la necesidad de construir su propio modelo de legislación. En dicha Ley, establece:

(Ley 1991, Artículo 142) lo siguiente, "Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de marca se transmita conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca tendientes a mantener la calidad, prestigio o imagen de los productos o servicios o lo que ésta distingue.

---

<sup>6</sup> El Estado de Minnesota definió la franquicia como el acuerdo o acuerdos por el cual a) Una persona llamada franquiciado vende u ofrece mercancía de un tercero llamado Franquiciante b) El Franquiciante tiene control sobre el método de operación del franquiciado (...)

<sup>7</sup> El Estado de New York definió la franquicia como aquel "contrato en forma oral o escrita entre dos o más personas por el cual al franquiciado se le concede el derecho de ingresar a un negocio, de ofrecer, vender o distribuir bienes o servicios, de acuerdo al plan de negocio del Franquiciante y de la marca de este último.

Quien concede una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretende conceder previamente a la celebración del convenio respectivo la información relativa sobre el estado que guarda su empresa en los términos que establezca el reglamento de esta Ley. Para la inscripción de la franquicia será aplicable las disposiciones de este capítulo.”

Asimismo, dicha ley, establece requisitos mínimos exigidos para su constitución, tales como la existencia de la marca debidamente registrada, proporcionar la información de tallada de la franquicia y además el Contrato que debe ser por escrito; la firma del contrato es el consentimiento y debe ser registrado ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial como condición de validez del contrato frente a terceros. (Marzorati, 2001)<sup>8</sup>

Posteriormente a mediados del 2000, comenzó a regir una reforma general sobre dicha Ley de Propiedad industrial, la cual introdujo elementos que se consolidaron como necesarios para su desarrollo, tales como la ubicación geográfica, las políticas de investarios, mercadotecnia y publicidad, además de las disposiciones relativas al suministro de la mercancía y contratación con proveedores, etc.

### **3.2.3 La Franquicia en España.**

Dentro de nuestra historia legislativa, casi todas las normas de importancia y relevancia socio económica, tiene algún antecedente, por pequeño que sea, en las normas emitidas por el Legislador Español y por supuesto el tema de Franquicia no tendría por qué ser su excepción, en razón de que se podría

tomar como punto de partida para establecer estudios serios, la legislación existente en el país ibérico sobre la materia del Contrato de Franquicia. España, es sin duda alguna, un país líder en el negocio de franquicias a nivel mundial y desde principios de este siglo se han venido interesando en regularla, esto como un medio de aumentar los ingresos que manejan este tipo de negocio.

Encontramos que sus antecedentes más cercanos están en el año de 1996 cuando se estableció la Ley 7, denominada Ley de Ordenación de Comercio Minorista, que fijó las bases para la creación del registro de Franquiciante, registro este, que es una de las banderas exigidas por la corriente regulatoria en nuestro país, ya que tal registro velaría por una formalización seria con fines publicitarios y como modo de desarrollar un sistema de franquicia que favorecería el impulso de este negocio en el reglón económico de su impacto.

Por último el Decreto 419 del 7 de Abril del 2006 modificó en gran parte el anterior reglamento y determinó los datos que con que se debían contar al momento de celebrar el Contrato de Franquicia y su obligatoriedad. Lo que hizo fue condensar todos los reglamentos anteriores y adicionalmente reglar algunos aspectos tales como plazos y sanciones.

---

<sup>8</sup>(...) Aunque algunas disposiciones permiten eliminar del registro información sobre el monto de la regalía o anexos sobre la información técnica o confidencial. El especialista González Calvillo ha manifestado que la razón para “tachar” esa información relevante obedece a evitar que la competencia conozca exactamente las condiciones del negocio.

En conclusión la regulación española se ha enfocado en la protección al franquiciado, como un medio de incentivar el negocio minorista, o cual es algo digno de replicar.

Así las cosas, es evidente que el contrato de franquicia siendo un Contrato de tanto impacto económico y social, está llamado a convertirse en un eslabón considerable de recursos que abarcan un porcentaje significativo del crecimiento del comercio minorista en el país, colocándose a la cabeza del modelo comercial e impulsando un sector cuyo crecimiento siempre ha estado a la sombra de los renglones industrial y agropecuario, por lo que su dinamismo en bloque jalonaría los números del comercio en general, pues no por nada, Colombia se ha convertido el 4°.

País en Latino América con el mayor número de franquicias, con más de 443 marcas y aproximadamente 10.500 puntos franquiciados, que generan alrededor de 41.000 o 42.000 empleos (Pelle, 2017), traduciéndose en un incremento anual por encima del 6% de franquiciados, lo cual es un mensaje claro de lo que significa este modelo para la economía Colombiana. Si a lo anterior sumamos el hecho de que la versatilidad del modelo de franquicias hace al franquiciado acreedor de diversas obligaciones de carácter mercantil, civil, laboral, tributaria y también de aquellas que son de tipo sancionatoria y disciplinaria, no se puede pasar por alto esta necesidad de regulación.

Nuestros legisladores no pueden desconocer esta realidad jurídica y la evolución misma que a pasos agigantados

ha demostrado este negocio ante su favorabilidad y lo llamativo de su estructura funcional, así como también la facilidad a su acceso y negociación, pues para vincularse al mismo no se necesita ninguna tipología legal en particular, de ahí que dicha facilidad se convierta a final de cuentas en uno de sus mayores falencias, pues se coloca mucho peso en la confianza de una de las partes en lo ofrecido dentro del negocio jurídico de parte de la otra, que a final de cuentas es lo que genera confianza y credibilidad para adquirir la franquicia.

Bajo esas condiciones preestablecidas en la negociación, y que van dirigidas a la capitalización de la marca de forma positiva, se puede establecer un escenario negativo y facilista para la comisión de delitos de todo tipo, que se hace aún más común ante la practicidad dada por las libertades y facilidades en su acceso a cualquier persona interesada, facilidades que dicho sea de paso, en gran medida se deben a las libertades otorgadas por declaraciones de voluntad de las partes, que fijan las condiciones generales de la negociación, de ahí que al no establecerse reglas de juego claras, ni pautas a seguir o formalidades propias de un procedimiento de registro y control, se deja desprotegida a aquellas partes que en muchos casos ponen todos sus recursos y ahorros en juego, corriendo riesgos que muchas veces no rinden los frutos esperados, además de que el consumidor final, también se vería en una posición desventajosa al no tener claridad sobre el alcance de sus reclamaciones y garantías.

La participación del estado en este contexto de negocio, es imperativa y vital para consolidar y establecer el marco de interacción y los límites mismos del

modelo de negocio, imponiendo reglas y estipulando formalidades que darían una estructura sólida al negocio, al tiempo en que se blindaría el mismo de las manos inescrupulosas de aquellos que se deseen aprovechar de esta modalidad de manera ventajosa. Asimismo, su participación es necesaria como una forma de cerrar las brechas de desigualdad típicas de este tipo de Contratos, pues en su posición de ventaja, el Franquiciante somete al Franquiciado a condiciones muchas veces impositivas, en las que se obvian obligaciones innatas de su rol de concededor del negocio, limitándose a enseñar y dejando al neófito comerciante a que se enfrente solo a las adversidades propias que trae consigo el iniciar un negocio de cero. No podría faltar de ningún modo la intervención de un órgano de control, que administre el registro de las franquicias, evitando con ello que se desborden de su cauce negocios que deseen construirse en el modelo Franquiciatario sin contar con las calidades y la experiencia necesaria para evitar que se presenten situaciones apremiantes en el sector comercial minorista y que de algún modo desencadenen una emergencia económica de algún tipo.

Es incuestionable en el escenario actual, que el estado no garantice la seguridad jurídica necesaria para consolidar este concepto comercial de la franquicia, por lo que el órgano legislativo no puede seguir haciendo caso omiso y desconocer la realidad económica y jurídica de entrar de manera inmediata a legislar este fenómeno económico progresista, colocándose a la altura de países de la región que van a la vanguardia de dicha necesidad regulatoria en los cuales se han

expedido normas sobre un cimiento establecido en la sinergia de tres Factores fundamentales y de relevancia del modelo de franquicias, que son: la Divulgación de la información del Franquiciante, el Registro de la franquicia que se ofrece y la Relación entre las partes (Elementos y condiciones Comerciales del Negocio).

Por ello y con el fin de velar por el correcto funcionamiento de esta figura comercial, el mejor de consenso para adoptar una normativa oficial, es que si bien no sea detallada, por lo menos debería incluir aspectos tales como la divulgación de información, definición del contrato (elementos esenciales), ley y jurisdicción aplicable, renovación, terminación y transferencia de los asuntos de la franquicia, confidencialidad, cambios unilaterales, competencia, lavado de activos, registro, obligaciones civiles, laborales, tributarias y mercantiles en general, derecho de marcas, propiedad intelectual, sin desconocer aquellas que atañen a la ocurrencia de delitos que atenten contra la buena fe de las partes intervinientes y terceros.

Todos estos elementos, consideramos son necesarios para que los franquiciados y nuevos inversionistas en franquicias, cuenten con la seguridad jurídica adecuada para poder incursionar en este atractivo modelo, y se arranque de tajo el abuso de poder que es evidente en dichas relaciones comerciales.

En conclusión, una normativa oficial y ajustada a nuestra realidad económica, contribuiría significativamente a que la relación contractual se construya en un cimiento de igualdad y bajo parámetros

mínimos señalados previamente por el legislador, lo que en definitiva se traduce en la necesidad de contar con una regulación que aporte los conceptos claros que enmarcan este tipo de relaciones y además que recauden el rico y amplio espectro doctrinal que existe en la actualidad sobre dicho tema, lo cual nos podría posicionar como un país líder en la regulación de este modelo contractual, permitiendo a su vez que podamos encausar todos estos elementos, en las diversas opiniones jurisprudenciales emitidas por la Corte Suprema de justicia a través de Sentencias tales como (expediente No.3939, 1996) y (expediente No.1100102030002012-01628-00 y 01629-00, 2012) que parten efectivamente de la interpretación doctrinal realizada por los magistrados, que son sin lugar a duda, ese importantísimo embrión conceptual que permitirá desarrollar las bases de las condiciones regulatorias del Contrato de Franquicia en Colombia.

Gracias a este marco jurisprudencial, hoy contamos con diversas apreciaciones y aspectos tan amplios al momento de entrar a definir los detalles de las relaciones mercantiles nacientes en dicho modelo, que se constituyen en un sustento legal prestado, permitiendo contar con el reconocimiento judicial y legal necesario para dirimir las diferencias entre las partes contractuales y entre estas frente a terceros de interés, lo que en definitiva, se traduce en poder fijar una posición definida de conceptos y elementos muy bien forjados, gracias a la evolución misma con que ha venido creciendo este Contrato.

### **3. Resultados y Discusión.**

En el contexto moderno de las relaciones comerciales en Colombia, pocos Contratos Mercantiles cuentan con la relevancia que hoy tiene el Contrato de Franquicia, y por supuesto nuestra legislación no puede apartarse de esta realidad económica palpable en el solo hecho de apreciar las cifras que rodean este modelo de negocio que día a día se abre paso con cada vez más fuerza. La Influencia del Capitalismo marcado, desde hace unos 30 años, ha sido, uno de los detonantes más significativos del contexto del negocio de franquicias y que a las poste permitió instituirlo como un modelo de relevancia económica exponencial, en dicho contexto, hayamos que el Contrato de Franquicia, es una muestra fiel de como la influencia de las normas de Mercado, terminan por definir las reglas legales que aplican en las relaciones Comerciales, dentro del modelo real del consumismo.

Este es sin duda el punto de partida a la idea de que nuestra legislación, debe comenzar a brindar las garantías claras para la ejecución y proyección en el mercado Colombiano de esta clase de Contratos, velando por la protección de las condiciones esenciales para su existencia, las obligaciones claras de las partes, los elementos que deben componer el mismo y en definitiva todo el contexto normativo que permita fijar las reglas claras de un escenario objetivo que apalanque sustancialmente la figura del Contrato de Franquicia, al punto de colocarlo a la altura de las regulaciones que sobre este tenor se vienen implementando en diversos países del hemisferio, y si a esto sumamos los

modelos económicos cada vez más aperturistas y liberales, que instan a elevar a estatus de normas supranacionales los acuerdos negociados entre diversos países, debemos ser concordantes con este escenario cada vez más propicio para la formalización y regulación.

En la actualidad se refleja un crecimiento exponencial de franquicias con más de 500 marcas registradas y 10.000 mil unidades de negocios con un crecimiento del 6.2% y más de 45 mil empleos directos (Masfranquicia, 2017), siendo el 56% de los negocios franquiciados nacionales y el 44% extranjeros (el tiempo, 2017). Así las cosas al momento de celebrar el contrato de franquicia donde impera la ley del más fuerte, el Franquiciante impone las condiciones contractuales a su acomodo, generando una inseguridad jurídica a los comerciantes y a los nuevos emprendedores que ven en la franquicia un atractivo empresarial con buenas ganancias económicas, pero se ven en una condición desventajosa al no contar con un modelo regulatorio sustantivamente estructurado, ni pautas de procedimiento y de contenido de legalidad.

Son estas circunstancias que han llevado a que en nuestro país se encuentren dos posiciones (2) perimetralmente opuestas entre sí, una regulatoria que manifiesta que es necesario la intervención del legislador para cortar de tajo los vacíos que son constantes en dichas relaciones y que hoy en día se encuentran dispersas en distintos escenarios contractuales promoviendo la unificación de estos en un solo criterio sustantivo; Por el contrario, existe otra posición, la cual

manifiesta que no es necesario la regulación, puesto que atentaría contra la naturaleza consensuada que es la esencia misma del modelo de Contrato Franquiciatario.

Ante esta situación nuestro gobierno nacional ha buscado herramientas para consolidar este tipo de contrato atípico debido a circunstancias que promuevan la ocurrencia de delitos, datos que se ratifican según (Darío, 2017) debido a que en el país algunas compañías han realizado este tipo de contratos sin ser los titulares de las marcas. Situación que se genera por la inseguridad jurídica y reglamentaria sobre el tema. Por lo que es vital contar con normas que sean consecuentes con su entorno económico y legal de nuestra realidad comercial que permita la divulgación de la información de la franquicia en particular, su experiencia y trayectoria en el mercado, el know-how comprobable, asistencia técnica necesaria, temas de marcas, exclusividad y demás modelos de negocios.

El estado colombiano, en su obligación y necesidad de incentivar el crecimiento económico, plantea políticas encausadas a mitigar riesgos en renglones esenciales de la economía como son los sectores de amplia actividad comercial y si a esto sumamos que el Contrato de Franquicia es sin lugar a dudas la mejor muestra de ofrecer elementos interesantes a ese crecimiento económico, nos encontramos en un clima perfecto en el que se conjugan eventos y situaciones que cada vez más se consolidan y nos enfrentan a una realidad innegable que nos empuja a creer de manera determinada, que debemos como profesionales del derecho

considerar la viabilidad de un marco regulatorio serio y debidamente estructurado, que cubija los elementos esenciales propuestos a lo largo de esta tarea investigativa.

Esta necesidad de contar con una estructura regulatoria en el marco del contrato de franquicia ha promovido dentro de los movimientos pro-regulatorios la cultura de masificación del emprendimiento y el desarrollo de nuevas ideas de negocios que entren dentro del dinamismo de las cadenas de las cadenas del modelo franquiciatario que buscan potencializar el renglón minorista de la economía valiéndose de la capacidad de innovación de los emprendedores. En tal sentido, se han desarrollados proyectos de agremiación franquiciataria, liderado por la cámara de comercio de Medellín, que con el apoyo del Banco interamericano de desarrollo y otras ocho cámaras de comercio del país propicien el ingreso de las pequeñas y medianas empresas en el sistema de franquicia, como una estrategia de crecimiento accesible para estas que le garantice el tan anhelado éxito, expansión y la permanencia en el mercado.

De lo anterior se colige, la necesidad de brindar la confianza inversionista que permita haya el camino hacia un sistema estratégico de negocio debidamente reglamentado, ya que las amplias posibilidades para la proyección de nuevas empresas que ofrecen productos y servicios tan amplio dentro de este esquema, nos permite concluir que estamos ante un dinamismo de la economía que no puede ser dejado a la libre usanza de las partes intervinientes en el contrato, máxime que dicho

crecimiento ha ido de la mano de la prisa con que los individuos desean lograr su independencia laboral y económica, a través de la expansión del mercado de franquicia, por lo que dicho sistema debe ser visto, entonces, como una consecuencia lógica de la necesidad de regulación que exige el modelo cambiante de nuestro mercado y, en definitiva al entorno de mayor competitividad que se ha convertido en el elemento caracterizador de mayor relevancia al momento de exigir un marco regulatorio, a donde se llega gracias a la consolidación de un sector maduro como lo es el sector de la franquicia en Colombia.

#### **4. Conclusiones.**

Visto desde el contexto de las cifras, hoy por hoy, el Contrato de Franquicia aporta un rubro considerable para el crecimiento económico en nuestro país, al punto de convertirse en un precursor de emprendimiento y generador de un número importante de empleos directos e indirecto, aun con la existencia de la carga impositiva y fiscal que trajo consigo la última reforma tributaria, y que de algún modo desaceleró el crecimiento de diversos sectores de la economía, que si bien no impactó de manera directa en el renglón del modelo Franquiciatario, si pudo repercutir en un crecimiento aún más exponencial en las cifras con las que se terminaría este 2017. Por otro lado, la complejidad que por naturaleza rodea este modelo de negocio, apremia en fijar condiciones sustantivas y por qué no adjetivas que puedan consolidar un marco de interacción sano, objetivo y equitativo entre las partes intervinientes, pues al conjugarse una

variedad de elementos contractualmente novedosos que llevan consigo esencialmente aspectos que atañen en su regulación, tales como los económicos, de mercadeo, administrativos, de ingeniería, financieros etc., nos permite evidenciar una característica típica de la versatilidad intrínseca que contiene el Contrato de Franquicia y que nos impulsa a tomar parte en este debate entre la regulación o no de este Contrato.

Partiendo de la base ya conocida de que en el Contrato de Franquicia impera en la realidad de la consensualidad nacida de los acuerdos que se logran gracias a las estipulaciones pactadas por las partes, que en definitiva son su columna vertebral, podemos extraer de estos elementos, que los mismos se solidifican como un solo elemento estructural a través de las normas generales aplicables para este modelo contractual, que a su vez, dicho sea de paso, se construyen sobre la esencia de los criterios auxiliares de la ley, como son la costumbre mercantil, los tratados y convenios internacionales, sin olvidar por supuesto los principios generales del Derecho que son pieza clave al momento de fijar las pautas de este modelo contractual.

Por otro lado, si tenemos de presente que uno de los elementos con mayor valor en el Contrato de Franquicia, es sin duda el Know How, que como un bien invaluable de conocimiento, se convierte en la mejor manera de materializar el modelo de negocio de la franquicia, estamos en presencia de un esquema de negocio del cual no conviene dejar nada suelto, ni mucho menos a libre albedrío del elemento consensual, del cual si bien es de suma importancia, no puede sobredimensionarse su liberalidad, ya que

puede ser contraproducente contra la confianza misma en que se basa el modelo Franquiciatario, pues la inseguridad jurídica puede verse reflejada en la desconfianza de parte del comerciante para abstenerse de hacer parte de este modelo de negocio ante el hecho de no contar con reglas claras de juego y garantías para su protección, esto sin tener en cuenta la necesidad de abarcar elementos y cuestiones técnicas, operativas, administrativas y conceptuales de la franquicia que se deben materializar en el Contrato escrito y que hacen parte del mismo a través de anexos o especificaciones de las condiciones comerciales, pero que en definitiva son la guía práctica de las obligaciones y deberes a cargo de las partes.

Es en primicia, esta intangibilidad del conocimiento la que en definitiva consolida al Contrato de Franquicia como un modelo en el que las partes se asocian en un riesgo que no es compensado y que es necesario regular a fin de eliminar prácticas de competencia desleal y abusos del derecho de parte del Franquiciante que se aprovecha de un modelo tan exitoso como este, para ofrecer muchas veces falsos beneficios y conceptos que terminan por colocar en juego los intereses del franquiciado, lo que en definitiva termina siendo un uso injusto e ilegal de la Franquicia al incluir e imponer opciones y condiciones por fuera de las pactadas inicialmente.

Todas las concepciones y elementos descritos anteriormente, son las que a final de cuentas se constituyen en la medula espinal de la necesidad misma de un sistema regulatorio que vele por la equidad contractual y por respetar los

derechos y garantías consecuentes con cada tipo de negocio en particular, lo que a final de cuentas se convierte en una forma de brindar la protección merecida que debe tener este modelo comercial en un mercado cada vez más creciente y cambiante, por lo que el papel del estado cobra un protagonismo esencial a fin de consolidar este modelo y entregar las garantías que las partes exigen para defender su posición, es quizás la mejor herramienta que tendría el legislador, para lograr el cumplimiento del mandato constitucional y de enmarcar en un estatus justo las realidades económicas y comerciales del modelo Contractual de la Franquicia.

Es tal la el grado de importancia que ha adquirido este modelo de negocio, que en nuestro país, se han venido liderando movimientos que propendan por el desarrollo empresarial y que sostienen su base en un enfoque gremiatiivo que se abre paso liderando proyectos de formalización y regulación que son novedosos y muy bien estructurados y que han dado como resultado que se cuente con una asociación sólida en el tema de franquicias como lo es el Grupo Empresarial Fenalco Franquicia (GEFF), que ha ensanchado su marco de referencia hasta el punto de proyectar y construir, no solo Códigos de Ética, sino además, un espacio particularmente asignado para las normas Técnica de la Franquicia, que influyen de manera notable hasta llegar al elemento mismo de la interpretación de los acuerdos consensuados y de las relaciones mercantiles desde un enfoque eminentemente contractual, lo que en definitiva ha ayudado a desvirtuar no solo el carácter atípico del contrato de

franquicia, sino además, ha motivado a que las partes se forjen en una mutual colaboración, en sana competencia y sobre la consigna de un espacio donde prime la buena fe, la transparencia del negocio y la reciprocidad en el cumplimiento de los derechos y obligaciones.

Empero lo anterior, no se puede negar que todos los elementos que contienen el modelo contractual de la Franquicia, están ampliamente inspirados en principios constitucionales y en las demás normas que hacen parte de nuestro derecho positivo, que en conjunto estructuran las reglas y demás principios que se encausan dentro del Contrato de Franquicia, los cuales en algún grado, terminan por desvirtuar esa atipicidad que por el momento impera en su desarrollo, pero que en la práctica nos permiten palpar de primera mano la importancia del Contrato de Franquicia en nuestro país.

En definitiva, esta importancia y relevancia tendría un efecto aún mayor si a este modelo de negocio, se le brinda la posibilidad de contar con un sistema regulatorio acorde a los principios ampliamente expuestos en esta investigación, no solo ratificando lo pertinente de este proceso, sino que además permitirían enfocar todo ese mundo diverso de elementos que aparecen y que pertenecen a otras disciplinas, para poder ajustarlas al modelo contractual de la Franquicia, evitando con ello, que el Franquiciante se aproveche de los mismos, para modificar los elementos a su conveniencia e interés, de modo tal que se quite esa alta dosis de complejidad que reina en el cambiante

Contrato de Franquicia, por lo que solo se ciña a ser regulada en aquellos aspectos derivados del marco estrictamente legal. El poder contar con este enfoque seriamente estructurado de la regulación, permitiría de manera notable, ofrecer canales de solución de conflictos sanos e igualitarios, comprometidos en soluciones objetivamente recíprocas, sin la complejidad en que se desenvuelve actualmente el Contrato de Franquicia, lo que en definitiva descongestionaría en muchos aspectos las instancias judiciales y preponderarían por la utilización de Mecanismos alternos de solución de conflictos para dirimir sus diferencias.

Es precisamente la posibilidad de poder convencer al legislador de la conveniencia de fijar normas que regulen de manera general las obligaciones y las condiciones contractuales, como una finalidad palpable de ofrecer seguridad jurídica a las partes firmantes, la que en definitiva, tendría que ser el impulso final para que este se concientice de tal necesidad y proponga el esperado marco regulatorio, dentro de un enfoque abstracto que pueda hacer parte en los diversos tipos de negocios Franquiciario que se consolidan y se seguirán consolidando en el mercado comercial Colombiano, lo cual claramente se traducirá en un crecimiento en este renglón de la economía, respaldado por el nivel de confianza que daría este marco legal a todo aquel que quiera hacerse parte del modelo Franquiciario, lo que en definitiva deberá contener criterios de aplicación tipo, que brinden las herramientas de protección tan anheladas y estudiadas a lo largo de este trabajo investigativo, por lo que estaríamos en presencia de un

escenario vinculante construido sobre la base de criterios de obligatoria composición para las partes, sin afectar la naturaleza consensuada y la liberalidad negociada.

Es claro que el modelo de franquicia aporta un sinnúmero de beneficios tanto a los franquiciantes como a los franquiciados, pero igualmente implica una serie de contrapesos sobre los cuales la labor de mediación del legislador sería extremadamente positiva, de forma tal que se permitiera conocer de manera detallada las características, claves y el funcionamiento de la esencia misma del contrato de franquicia. Hace mucho tiempo el contrato de franquicia dejó de ser un sistema de distribución, para convertirse en un sistema de expansión revolucionario que reescribió las técnicas tradicionales de distribución y desde un punto de vista globalizado del negocio, influyó en escenarios innovadores para la legislación Colombiana, por ello y con el fin de concentrar aún más la captación de nuevos comerciantes, el legislador debe ser receptor de los canales de comunicación fluidos que están solicitando que entre a ser parte dentro del modelo de negocio de franquicia, ejerciendo sus funciones constitucionales, de modo tal que se optimice el negocio respondiendo a la tendencia del mercado, la especialización comercial, los niveles de gestión y eficiencia, y se propenda por la asociación económica de escala que tienen otros sistemas comerciales.

Así las cosas, el debate está abierto, es solo que el tiempo y la maduración del sector se consoliden aún más y la misma situación nos conducirá al consenso de adopción de una normatividad oficial, sin el nivel exhaustivo que algunos quisieran

que fuese, pero que sí que incluya los aspectos más relevantes como lo son la publicidad y divulgación de la información, la definición del contrato y sus elementos esenciales, ley y jurisdicción aplicable, renovación, terminación y transferencia de los asuntos de la franquicia, la confidencialidad, cambios unilaterales, cesión del Contrato, competencias, políticas de prevención del lavado de activos, normas de tratamientos personales, normas de ética empresarial, temas de licencias de uso de marcas, propiedad Intelectual y un capítulo definido para el punto particular de su registro ante alguna agremiación en particular que propenda por la protección de derechos y garantías de las partes.

## 5. Bibliografía.

García, L, (2010). Franquicias Martin's BBQ. Puerto Rico Estados Unidos.

Farina,J, (1999).Sujeto que coloca los productos en el mercado, Contratos Comerciales Modernos, España, 379.

Khan, M, (1998), Franchising y Paternariado. Buenos Aires Argentina ,8.

Quiroga, A, (2012), Contrato de franquicia: Propuesta de regulación de la comunidad Andina Colombia 23.

Marzorati,O, (2001), 38 Champaud, La Concession Comerciales, Revista Trimestral de Derecho Comercial ,XV 1963-470 39 Ed. Astrea, Argentina. 31- 56

Paucar, J, (1992). Contratos mercantiles, tomo II, Bogotá, Biblioteca

Jurídica Dike, Colombia 38-44.

Orozco, J, (2006). La Franquicia, Sistema Empresarial De Expansión De Negocios. Universidad EAFIT. 89

Becerra, (2017), La franquicia como alternativa de inversión. Venezuela (<http://rigobertobecerra.tripod.com/franquicias.htm>).

Masfranquicias, (2017), Datos estadísticos del negocio de franquicia en Colombia en el I Semestre.<http://www.masfranquicias.com/cifras-de-la-franquicia-en-colombia/>.

Diario el Tiempo 4 de Julio , (2017), Crecimiento y ventajas de las franquicias. Colombia [www.eltiempo.com/economia/empresas/crecimiento-y-ventajas-de-las-franquicias-en-colombia-105268](http://www.eltiempo.com/economia/empresas/crecimiento-y-ventajas-de-las-franquicias-en-colombia-105268).

Quiroga,A, 5 de Julio (2014). Regulación del Contrato de Franquicia, Colombia. [www.larepublica.co/asuntos-legales/analisis/andres-felipe-quirog511176/regulacion-del-contrato-de-franquicia-en-colombia-2141831](http://www.larepublica.co/asuntos-legales/analisis/andres-felipe-quirog511176/regulacion-del-contrato-de-franquicia-en-colombia-2141831).

Jaramillo, L, 4 de julio (2017).Diario el tiempo, en el país hay más de 10.000 negocios con franquicias. [www.eltiempo.com/economia/empresas/crecimiento-y-ventajas-de-las-franquicias-en-colombia-105268](http://www.eltiempo.com/economia/empresas/crecimiento-y-ventajas-de-las-franquicias-en-colombia-105268).

Mosquera, F, ( 2010). La Franquicia una Estrategia de Crecimiento Empresarial.  
<http://www.eafit.edu.co/revistas/revista-amba/Documents/franquicia-estrategia-crecimiento-empresarial.pdf>).

Darío, S, 8 de Agosto (2017).Diario el Tiempo. Las Marcas sin registro no pueden franquiciarse.  
[www.eltiempo.com/economia/empresas/regulacion-de-la-sic-para-las-franquicias-en-colombia-117394](http://www.eltiempo.com/economia/empresas/regulacion-de-la-sic-para-las-franquicias-en-colombia-117394).

Cámara de Colombiana de Franquicias, 8 de agosto (2017), Las Marcas sin Registro no pueden Franquiciarse.[www.eltiempo.com/economia/empresas/regulacion-de-la-sic-para-las-franquicias-en-colombia-117394](http://www.eltiempo.com/economia/empresas/regulacion-de-la-sic-para-las-franquicias-en-colombia-117394).

### **Normas Concordantes.**

Colombia, Constitución Política de 1991.

Colombia, Código de Comercio, 1971.

Colombia, Código Civil, 1873.

Colombia, Decisión 486 de 2.000 de la Comunidad Andina de Naciones.

Colombia, Decreto Reglamentario 2123 de 1.975.

Colombia, Sentencia C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Expediente No.3939, 26 de julio 1996, Sala de Casación Civil y Agraria de la corte Suprema de Justicia, Magistrado ponente Fue el Dr. Nicolás Becharra Simanca.

Colombia, expediente No.1100102030002012-01628-00 y 01629-00, 9 de agosto del 2012, Sala de casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutiérrez.

México, Ley de Propiedad Industrial, 1991.