



Vigilada Mineducación

**FRANQUICIA EN COLOMBIA, COMO MUTARÍA DE UN CONTRATO ATÍPICO
A UN CONTRATO TÍPICO, REGULACIÓN Y CREACIÓN DE “PROYECTO LEY”
DE LA FRANQUICIA**

ANDRÉS FELIPE MUÑOZ MESA

Monografía, para optar por el título de Abogado

ASESOR TESIS

JUAN FERNANDO PULGARÍN

ABOGADO

DIRECTOR JURÍDICO Y SECRETARIO JUNTA DIRECTIVA

FENALCO ANTIOQUIA

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

CARRERA DERECHO

MEDELLÍN

2023

AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente a mi director de trabajo de grado quien fue indispensable para que esta monografía fuera escrita, resaltando su capacidad y conocimiento, lo que me permitió abordar el tema de manera integral e hizo posible la realización de este proyecto de tesis, a mi familia por su apoyo incondicional y a todos los docentes que me ayudaron en mi formación para evolucionar como persona y para desarrollarme tanto intelectual, profesional y académicamente en esta maravillosa carrera que me ha permitido trascender en la consecución de mis objetivos de vida.

CONTENIDO

	Pág.
1. <u>INTRODUCCIÓN</u>	8
2. <u>OBJETIVOS</u>	11
2.1 <u>OBJETIVO GENERAL</u>	11
2.2 <u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u>	11
3. <u>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</u>	12
3.1 <u>DEFINICIÓN DEL PROBLEMA</u>	12
3.2 <u>JUSTIFICACIÓN</u>	13
4. <u>MARCO TEÓRICO</u>	14
5. <u>MATERIALES Y MÉTODOS</u>	25
5.1 <u>MATERIALES</u>	25
5.2 <u>METODOLOGÍA</u>	26
6. <u>DESARROLLO DEL PROYECTO</u>	27
6.1 <u>¿QUÉ ES UN MODELO DE FRANQUICIA?</u>	27
6.2 <u>LEGISLACIONES EN EL MUNDO</u>	32
6.3 <u>LA FRANQUICIA EN COLOMBIA</u>	36
6.4 <u>CONTRATO TÍPICO Y ATÍPICO</u>	40
6.5 <u>“PROYECTO LEY “FRANQUICIA EN COLOMBIA”</u>	41
7. <u>CONCLUSIONES</u>	58
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	60

GLOSARIO

FRANQUICIA: Según el diccionario jurídico de la Real academia española se define como:

1. Comp. Contrato por el que una empresa otorga a otra la comercialización de ciertos productos o servicios bajo sus símbolos y marcas en una zona determinada y con su asistencia técnica a cambio de pagarle una cuota de entrada y un canon periódico.

CONTRATO DE FRANQUICIA: Según el diccionario jurídico de la Real academia española se define como:

Merc. “Contrato mediante el cual un empresario franquiciador transmite a título de uso y disfrute, a cambio de una contraprestación económica, a otro empresario, franquiciado, el modo de explotación de un negocio”, este es un contrato “jurídica y tácticamente protegido, así como técnicamente experimentado y contrastado, en orden al desarrollo de una actividad empresarial de reventa de productos o prestación de servicios para el mercado, bajo el rótulo del franquiciador”. (“Definición de contrato de franquicia - Diccionario panhispánico del ...”)

PALCD, art. 2.6. Aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por este de una contraprestación económica **(STS, 1.^a, 27-IX-1996, rec. 3545/1992).**

CONTRATO ATIPICO: Según el diccionario jurídico de la Real academia española se define como “Civ. y Merc. Contrato que no cuenta con una regulación sustancial en la ley; por ejemplo, el contrato de corretaje”.

RESUMEN

La presente monografía realiza un análisis de la franquicia en Colombia y en el mundo, determinando que regulaciones hay y cómo se comporta este modelo de negocio, estableciendo los lineamientos comerciales y legales que se deben cumplir para que la relación y el contrato entre las partes se presente de manera clara y equitativa, los cuales quedan plasmados en una propuesta de “Proyecto Ley Franquicia” que pretende la creación de un contrato claro y equilibrado en donde las partes contratantes tengan derechos y deberes que ayuden a mejorar su relación comercial para crecer de la mano con un mismo norte que los beneficie a ambas partes. La metodología utilizada corresponde una investigación cualitativa descriptiva – interpretativa enfocada en un diseño documental, hace referencia a la interpretación del derecho comercial y su centro de interés es la franquicia, mediante la recopilación de información histórica, de fuentes jurídicas, doctrinales, jurisprudenciales y conceptos jurídicos nacionales e internacionales. Así mismo se hace un análisis desde la constitución política de 1991 que en su artículo 151 establece que solo el congreso colombiano puede expedir leyes en materia de intervención económica motivando sus fines y alcances, así mismo el artículo 333 de la carta magna indica que la actividad económica en Colombia es una actividad libre. Lo anterior refleja que el trámite adecuado para dar vida legal al contrato de franquicia es el trámite de un proyecto de ley en el congreso y con mayor razón cuando estamos hablando de un derecho regulado por el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas u otras formas de propiedad intelectual que le es inherente a la franquicia puesto que un elemento fundamental de este modelo de contrato son las licencias de marca, nombre y enseña comercial.

PALABRAS CLAVE: FRANQUICIA, FRANQUICIANTE O FRANQUICIADOR, FRANQUICIATARIO O FRANQUICIADO, CONTRATO ATÍPICO, CONTRATO TÍPICO, KNOW HOW, MARCA, PROPIEDAD INTELECTUAL, PROPIEDAD INDUSTRIAL, PROYECTO DE LEY, MICROEMPRESA, PEQUEÑA EMPRESA, EMPRESA MEDIANA.

ABSTRACT

This monograph analyzes the franchise in Colombia and in the world, assessing existing regulations and the behavior of this business model, establishes commercial and legal guidelines that must be adhered to ensuring the fulfillment of the relationship and contract between the involved parties in a clear and equitable manner, which are reflected in a proposal for a “Franchise Law Project” that aims to create a clear and balanced contract where the contracting parties have rights and duties that help improve their commercial relationship fostering mutual growth with a shared goal that benefits both parties. The methodology used corresponds to a qualitative descriptive-interpretive research focused on a documentary design. It centers on the interpretation of commercial law with a particular focus on franchising. This research is conducted through the compilation of historical information of legal, doctrinal, jurisprudential sources as well as national and international legal concepts. Likewise, an analysis is conducted from the 1991 Political Constitution, which in Article 151 establishes that only the Colombian Congress can enact laws regarding economic intervention, stating its purposes and scope. Similarly, Article 333 of the Constitution asserts that economic activity in Colombia is guided by the principles of a free-market system. The preceding reflects that, the appropriate process to legally establish a franchise contract is the procedure of a bill in Congress, especially when dealing with a right regulated by the industrial property regime, patents, trademarks, or other forms of intellectual property that are inherent to the franchise. This is underscored by the fact that a fundamental aspect of this contractual model involves the licensing of brand, name, and trade identity.

KEYWORDS: FRANCHISE, FRANCHISOR OR FRANCHISOR, FRANCHISEE OR FRANCHISEE, ATYPICAL CONTRACT, TYPICAL CONTRACT, KNOW HOW, BRAND, INTELLECTUAL PROPERTY, INDUSTRIAL PROPERTY, LAW BILL, MICRO-ENTERPRISE, SMALL BUSINESS, MEDIUM-SIZED BUSINESS.

1. INTRODUCCIÓN

El mundo está en constante cambio y crecimiento, el hombre siempre crea nuevas formas de generar ingresos y de avanzar en todos los ámbitos, el comercio y sus relaciones son parte fundamental del mundo globalizado en el cual nos encontramos, al ser un ámbito fundamental en el cual esta intrínseco nuestro dilema de crecimiento y bienestar, se crean relaciones comerciales y humanas que crean nuevas figuras que nos permiten labrar un camino y tener un norte claro en nuestra meta de crear riqueza y de mejorar nuestra calidad de vida, estas creaciones nos permiten desarrollar interacciones económicas y de mutuo beneficio para las partes involucradas, la unión hace la fuerza, el ámbito económico y comercial no es la excepción, por lo tanto en la consecución de estas relaciones económicas y comerciales nace una figura llamada franquicia, que permite interconectar ideas o marcas con individuos que quieren avanzar en la consecución de sus objetivos personales y económicos, por lo tanto surge como alternativa este nuevo modelo que permite a individuos ser una extensión real y práctica de modelos de negocios ya desarrollados que funcionan exitosamente, estas alternativas generan un beneficio mutuo que ayudan en la mayoría de casos a ambas partes involucradas, a su vez, la ley regula las relaciones humanas y económicas que existen y que pueden crearse como alternativa a las interacciones que se dan en el ámbito comercial y empresarial, por lo tanto la ley y el derecho debe regularlas para que se den de forma efectiva y que ayuden a la consecución de su fin que en este caso es

expandir una marca, crear réditos económicos para ambas partes y ayudar a pequeños y medianos empresarios a crear un negocio para mejorar su calidad de vida y el de su entorno familiar y personal, la ley y el derecho nos ayuda a que las relaciones comerciales y de poder se mantengan de manera sana y no haya abusos de poder o conflictos entre las partes que intervienen en estas figuras económicas y relaciones, como es sabido el mundo avanza a pasos agigantados y muchas veces la ley y el derecho no lo alcanzan, es decir, la realidad y la práctica comercial avanzan a un ritmo más veloz que la misma ley, por lo que muchas de estas figuras económicas quedan por fuera y se presentan abusos de poder de las grandes marcas, en donde el poderoso impone sus reglas y en vez de darse una relación de mutuo beneficio se puede llegar a dar en un abuso comercial de la marca más poderosa en este caso el franquiciante, en el cual el poderoso impone condiciones y el pequeño puede llegar a perder mucho.

Por lo tanto, esta investigación nace con el propósito de entender la relación comercial denominada franquicia, cuál es su historia para entender en que se basa, como nació y cuál es su verdadero fin, a su vez determinar si al ser un contrato atípico que no es regulado por la ley sino por la mera voluntad de las partes involucradas y la ley comercial general es un contrato que funciona de una manera adecuada y si al volverse un contrato típico que defina reglas en la relación se puede crear un modelo mejorado que proteja a ambas partes, tanto a la marca creadora que en la mayoría de ocasiones es quien impone las condiciones y al individuo que acepta o adquiere la franquicia, por lo tanto al final de esta investigación y después de entender a fondo esta figura comercial llamada franquicia se crea un modelo o borrador de “proyecto ley” real el cual contenga unas reglas claras y efectivas y ayude a que las partes involucradas en la relación comercial avancen en la consecución de un fin económico comercial y en donde ambas partes se beneficien de contratar, es decir convertir un modelo exitoso de negocios, en un modelo regulado en donde el precepto central sea mejorar y avanzar para que sus futuros contratantes se sientan seguros de donde están y hacia donde se dirigen siempre

respetando la libertad de empresa, los empresarios y el fin natural del comercio y de la franquicia.

La presente monografía busca realizar un análisis de la franquicia en Colombia y en otras legislaciones del mundo, determinando que regulaciones hay y cómo se comporta este modelo de negocio, a fin de establecer lineamientos comerciales y legales se deben cumplir para que la relación y el contrato entre las partes se presente de manera clara y justa para lo cual inicialmente se analizará el modelo contractual denominado Franquicia, indagando sobre su historia y como inicio dicho modelo contractual, se hará referencia a algunas reglas internacionales sobre franquicias en el mundo que regulan este tema para comprender como se establecen las mismas y cuál es su función económica y legal.

Finalmente se propone crear un proyecto de ley denominado “Proyecto Ley Franquicia” con lineamientos y reglas objetivas para la relación comercial de las partes y a su vez para la creación de un contrato claro y equilibrado en donde los contratantes tengan derechos y deberes que ayuden a mejorar su relación comercial para crecer de la mano con un mismo norte que los beneficie.

Para esta monografía utilizaremos la metodología hermenéutica jurídica, para lo cual inicialmente se hará una recopilación de información histórica, de fuentes jurídicas, doctrinales y jurisprudenciales, que nos permitan identificar algunos conceptos básicos y dirigir la investigación progresivamente hasta la formulación del “Proyecto Ley Franquicia”.

2. OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis de la franquicia en Colombia y en el mundo, determinar que regulaciones hay y cómo se comporta este modelo de negocio, para así determinar que lineamientos comerciales y legales se deben cumplir para que la relación y el contrato entre las partes se presente de manera óptima.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar el modelo contractual denominado Franquicia.
2. Indagar sobre su historia y cómo inició dicho modelo contractual.
3. Determinar los esfuerzos que se han realizado para avanzar y algunas legislaciones en el mundo que regulan este tema, como lo hacen, su función económica y legal.
4. Crear un texto denominado “Proyecto Ley Franquicia” en donde se tengan lineamientos y reglas óptimas para la relación comercial de las partes y a su vez para la creación de un contrato claro y equilibrado en donde las partes contratantes tengan derechos y deberes que ayuden a mejorar su relación comercial para crecer de la mano con un mismo norte que los beneficie a ambas partes.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

3.1 DEFINICIÓN DEL PROBLEMA

Con el desarrollo de esta tesis se busca investigar los elementos centrales de la franquicia en Colombia, las problemáticas que presenta al ser un contrato atípico que la legislación Colombiana no regula, y a su vez, buscar elementos claves que definan un modelo eficaz y efectivo para regular este contrato y las relaciones entre franquiciante y franquiciado, para que este modelo de negocio tan exitoso tanto en Colombia como en el mundo tenga elementos claros e idóneos para que la franquicia tenga una dinámica adecuada con base en la legislación colombiana y se base en el beneficio mutuo que se busca con esta figura comercial denominada Franquicia.

El derecho nos brinda herramientas para regular las relaciones comerciales que se dan en el territorio nacional, por lo tanto se debe buscar llegar a un norte claro en el tema de franquicias, ya que, al ser un contrato atípico, la parte con más poder en este caso el franquiciante puede llegar a abusar del franquiciado, pues en la mayoría de casos es quien asume el riesgo comercial y es la parte más débil en dicha relación, por lo tanto se busca con este escrito determinar reglas para ambas partes, en donde se dé un equilibrio para que la relación comercial denominada franquicia sea equitativa entre los asociados, se determinen derechos, deberes y lineamientos basados en ley en donde se busque un equilibrio contractual y se desarrolle una relación comercial sana que proteja a las dos partes que intervienen en este contrato.

3.2 JUSTIFICACIÓN

Este tema es de suma relevancia para todos los actores sociales y académicos tanto del mundo como en Colombia, ya que, al ser un contrato comercial usado a lo largo de la historia y que genera un impacto favorable o desfavorable en la misma, es decir, al ser una relación comercial que se da día a día en el comercio, genera un impacto directo en la sociedad, en la economía y en las personas.

Al ser un modelo explotado y usado en el territorio colombiano es un pilar del comercio en general, ya que, al extender una marca de este modo, la empresa puede desarrollarse y crecer, y a su vez, genera un impacto directo en la generación de empleo, de relaciones comerciales y de crecimiento económico para el país. Por otro lado, esta relación comercial entre franquiciante y franquiciado genera una dinámica comercial en donde se desarrolla un contrato atípico que el propietario de la marca, en este caso lo denominaremos el franquiciante, busca imponer condiciones contractuales que lo beneficien, muchas veces lesionando los derechos del franquiciado y vulnerando principios contractuales como el de la buena fe, ya que, muchas veces algunas marcas buscan vender su franquicia a como dé lugar para generar recursos económicos que le ayuden a crecer, en vez de ayudar a su asociado a crecer de manera progresiva y de ser una extensión real de la marca en donde haya un beneficio bilateral justo y claro.

Por lo tanto, como se expresó anteriormente en este texto es de suma importancia entender este modelo de cooperación y hacerle honor a su nombre, para que las partes que intervengan en dicho contrato (Franquicia) tengan una relación comercial justa y ayuden a generar un impacto positivo en los ámbitos sociales y económicos de un país. Por otra parte, desarrollar una legislación clara para regular este mercado y para que las grandes marcas no abusen de los derechos de sus cooperadores, se dé un trato siempre equitativo y de buena fe que determine una relación progresiva y de cooperación que lleve tanto a la marca como a su aliado a que crezcan y generen un valor económico que beneficie a la sociedad. Cabe anotar

también que es un gran paso y reto para la legislación colombiana, ya que, al ser un contrato atípico y no estar regulado, se deja que se autorregule a las partes que intervienen en el mismo, por lo tanto, es de suma importancia que la ley se pronuncie y ponga normas en esta relación comercial, así como ya están definidas en otros contratos comerciales que al igual que la franquicia son pilares fundamentales en el desarrollo y crecimiento de la economía. Lo anterior a su vez impactaría favorablemente a la sociedad, ya que, con este modelo si se desarrolla de manera eficaz se pueden genera miles de empleos que ayudaran a que la economía colombiana se desarrolle y crezca progresivamente.

4. MARCO TEÓRICO

4.1 Antecedentes

Son muchos los datos acerca de la modalidad de negocio denominada actualmente franquicia; sus orígenes se remontan a la Edad Media en Francia, particularmente asociada con los privilegios otorgados por los gobernantes para ejercer la caza y la pesca en determinados territorios. Existen también algunos referentes sobre las concesiones de iglesia católica para la cosecha de diezmos por parte de monasterios y personas asignando un porcentaje para los cobradores. Según Botero (2022), en España se dio la concesión real denominada “Concesión real de franqueza de pedidos y monedas perpetua a la ciudad de Murcia, sus arrabales, alquerías y huerta” p. 2.

4.2 Concepto

Actualmente en Colombia y en el mundo existen muchas doctrinas sobre la franquicia, pero tanto en derecho de otros países con legislaciones en materia comercial similares como en nuestra legislación nacional no se ha logrado un consenso que unifique los criterios doctrinales, si bien es cierto que no hay una regulación clara en el ordenamiento jurídico colombiano existe un proyecto de decreto por parte de Ministerio de comercio, industria y turismo y algunas normas asociadas.

La Franquicia constituye entonces en una relación comercial en la cual una de las partes cede el derecho de uso sobre una propiedad industrial denominada marca empresarial, durante un tiempo y lugar determinados a cambio de un precio establecido para adquirir los derechos de usufructo de la propiedad industrial. Este contrato parte de una relación jurídica y comercial entre el franquiciante y el franquiciado.

CONCEPTO NACIONAL

Algunos temas jurídicos relacionados con la propiedad industrial están compilados en el Decreto Único del Sector Comercio, Industria y Turismo. Actualmente se ha abierto una discusión en torno a la formalización de la franquicia debido a la ley de las pymes y la necesidad de dar reglamentación al artículo 11 de la Ley 2069 de 2020, en lo relacionado con las franquicias, por lo cual el pasado gobierno de Iván Duque Márquez quiso dar vida jurídica al Decreto 1074 de 2015 en su Título 1 de la Parte 2 del Libro 2 Capítulo 19 en lo que se refiere a las franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de las MIPYMES. Dicha propuesta promovida desde el ministerio de comercio industria y turismo se quedó en una mera propuesta dado que no alcanzo su madurez y el tema sigue estático sobre todo por el debate que suscito frente a si el ejecutivo tenía alcances normativos en la materia,

sobre todo por tratarse de derechos constitucionalmente protegidos como son la libre empresa, la protección de la propiedad intelectual, la autonomía, entre otros derechos relacionados con el contrato de franquicia. En relación con lo anterior se presenta a continuación lo indicado por la Ley 2069 de 2020 en su artículo 11 denominado “*de las franquicias*”. En dicha ley se establece que el Gobierno Nacional “promoverá el modelo de franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de MiPymes”, este es el argumento jurídico utilizado por Min comercio para proponer una reglamentación de las franquicias vía decreto, continua el artículo indicando que “Para estos efectos, reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar” es decir que se reconoce que no hay ley vigente actualmente en lo que se refiere a las franquicias y que se hace necesario regular las formas de celebración de los contratos comerciales de este tipo toda vez que tiene sus particularidades técnicas así como unas obligaciones y responsabilidades que le atañen por su objeto jurídico. Continúa la ley indicando “Las condiciones técnicas y estrategias definidas por el Gobierno Nacional para promover el modelo de franquicias como alternativa de emprendimiento, en ningún momento podrán representar mayores beneficios que los implementados para promover la creación de nuevas empresas”, esto sin duda deja un gran interrogante frente a cuál es el propósito del decreto puesto que refleja un interés claro por proteger y promover el emprendimiento nacional pero deja vacíos frente a otros escenarios jurídicos.

Por otro lado, el Decreto 1074 de 2015 propone en su artículo 2.2.1.19.1.2. el concepto de Franquicia : “El contrato de franquicia es aquel en virtud del cual, una parte denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a explotar comercialmente un sistema de negocio probado, replicable y transmisible”, esto se refiere al objeto jurídico del contrato de franquicia lo que refleja la transmisión del derecho de uso, y explotación económica de un modelo de negocio con unas características propias como lo es la franquicia, continúa el mismo decreto

indicando que este negocio jurídico está “asociado con la marca comercial, el nombre y logo del franquiciante, el uso de derechos de propiedad intelectual”, es decir que la adquisición de los derechos de uso abarcan los distintivos y nombres propios del sistema, lo cual ubica el negocio jurídico en un escenario de derechos de autor y propiedad intelectual, derechos que son sensibles por su naturaleza y que requieren ser protegidos adecuadamente pues “el buen nombre” y la “clientela” vienen adheridos al sistema de negocio y un mal uso por parte del franquiciante de la imagen comercial del modelo puede afectar la totalidad de negocios jurídicos realizados a priori, lo cual genera una afectación en cascada. Así mismo indica el decreto que además de lo enunciado anteriormente este contrato comercial incluye los “sistemas operativos, y la entrega de conocimientos, capacitación y/o asistencia técnica; recibiendo a cambio una contraprestación económica, directa, indirecta o ambas, por parte del franquiciado, durante un tiempo determinado”.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

CONTRATO DE FRANQUICIA (Naturaleza)

“el contrato de franquicia, a pesar de que ha sido nominado en algunas disposiciones de orden tributario y contable, no cuenta con una regulación que se ocupe de sus principales elementos. Ello implica que se trata de un contrato atípico de naturaleza comercial para cuyo desarrollo la autonomía negocial y las prácticas mercantiles ocupan un lugar decisivo. Igualmente, en atención a las reglas que han sido definidas en la jurisprudencia, ante la existencia de las lagunas, estrechamente vinculadas a la propia idea de los contratos atípicos, resultará procedente acudir a la analogía a fin de enfrentar los vacíos”. **(Sentencia C-188/22)**

DIARIO OFICIAL COMUNIDADES EUROPEAS

Define el contrato de franquicia en los siguientes términos: “el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el Derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios”. (Reglamento núm. 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del Artículo 85 del tratado a categorías de acuerdos de franquicia).

DOCTRINA

Aquel contrato de distribución comercial en el que el concedente (franquiciador) cede al cesionario (franquiciado) un método empresarial propio y completo a través de la transmisión de sus elementos distintivos (marcas, rótulos, imagen corporativa), un saber hacer (know-how), suministros y asistencia técnica (formación profesional continua, asesorías varias etc.) y todo ello a cambio de una contraprestación económica directa o indirecta” **(Burgos, 2010, p. 214)**.

El autor Narváez García define la franquicia de la siguiente manera:

“Básicamente la figura contractual presupone la existencia del titular de un modelo o patrón de organización, esquemas de instalación y maneras de prestación de servicios, así como de ciertos elementos distintivos frente al público (marca, nombre, insignia, emblema), aplicados a una “línea” o “cadena de establecimientos” en un territorio. Lo peculiar es que los distintos establecimientos no pertenecen al titular de la organización, sino que cada uno de ellos es instalado por un empresario o grupo de empresarios a quienes el titular otorga, por un precio, “la franquicia” del uso de sus signos distintivos, bajo la condición de que en cada establecimiento se sigan las pautas que él haya trazado y que son precisamente las que dotan a la cadena de individualidad frente al público. Permite la creación

de una red o cadena en gran escala (a veces internacional) sin la inversión que se vería obligado a hacer el titular, y con la ventaja para el público de disfrutar en diversos sitios de servicios cuya modalidad y calidad son conocidos de antemano”.

CAVES, R. Y W. Murphy (1979). “Franchising: firms, markets and Intangible Assets”, Southern Economics Journal 42: 572 –586. Citado en: PIERRE SIGUÉ, Simon. REBOLLEDO, Claudia. Op. Cit., pág. 20.

COSTUMBRE MERCANTIL

La costumbre mercantil es una fuente de derecho importante en nuestro país ya que nos permite regular y tener una hoja de ruta sobre cuestiones que no están reguladas directamente por la legislación, a su vez es una importante fuente de derecho ya que al repetirse en la práctica por mucho tiempo en un espacio y lugar se va perfeccionando y acomodando a las condiciones de los negocios o mercados que los usan, además permite avanzar en la consecución de objetivos mercantiles y les permite a los empresarios tener claridad sobre ciertos temas que no están tipificados en la ley, esto impacta directamente en que las relaciones comerciales trasciendan y en que se vuelvan más dinámicos los mercados y como consecuencia el comercio.

Código comercio colombiano

Artículo 3 (AUTORIDAD DE LA COSTUMBRE MERCANTIL - COSTUMBRE LOCAL - COSTUMBRE GENERAL)

“La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.”

“En defecto de costumbre local se tendrá en cuenta la general del país, siempre que reúna los requisitos exigidos en el inciso anterior.”

Cámara de comercio de Medellín

“La costumbre mercantil es una práctica comercial que se repite durante un periodo en cierto espacio territorial con características de: generalidad, reiteración, publicidad, uniformidad y obligatoriedad, de manera que se constituye como una verdadera regla de conducta alcanzando la connotación de norma jurídica. En Colombia es una fuente formal de derecho, según lo indicó la Corte Constitucional en las Sentencias C-486 de 1993 y C-284 de 2015, debido a que “es una de las formas de regulación que integran el derecho positivo colombiano - Constitución, ley y costumbre-, cuando la Constitución o la ley la invoquen, siempre y cuando no se oponga a lo que las normas imperativas de una y otra prescriban”.”

“La costumbre mercantil permite, a nivel territorial, suplir vacíos normativos cuando no existe disposición jurídica aplicable directamente o por analogía, y el silencio de las partes de los contratos o negocios jurídicos que son celebrados (Artículos 3 y 4 del Código de Comercio), aportando flexibilidad y efectividad al ordenamiento jurídico. Las cámaras de comercio cumplen un papel protagónico en la costumbre mercantil porque les ha sido asignada la función de compilarla y certificarla previa investigación en su jurisdicción. Esta certificación es uno de los medios de prueba de la costumbre mercantil, según el Artículo 179 del Código General del Proceso.”

(Fuente Cámara de comercio de Medellín en su página web, sesión inicio, costumbre mercantil, cita específica en bibliografía)

En la página web de la cámara de comercio de Bogotá exponen cuales costumbres mercantiles sobre la franquicia son avaladas en el territorio colombiano a la fecha y estas son:

- 1. El know how en los contratos de franquicia:** “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia, que el franquiciante, para transmitir su know how, suministre al franquiciado entrenamiento inicial y capacitación permanente respecto de los bienes o servicios que constituyen la franquicia”.

- 2. La entrega del Manual de Operaciones en los contratos de franquicia:** “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil que, en el contrato de franquicia, el franquiciante entregue al franquiciado, un manual de operaciones y procedimientos, con la finalidad de que este último pueda realizar exitosamente el negocio contratado

(listado de costumbres mercantiles que avala cámara de comercio de Bogotá)

- 3. El franquiciante puede ejercer auditoría permanente sobre el negocio franquiciado:** “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciante realice auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado para que este implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada”.

- 4. El deber de confidencialidad en la franquicia:** “En Bogotá, D. C., es costumbre mercantil que, en los contratos de franquicia, el franquiciado tiene la obligación de confidencialidad sobre el know how transferido”.

(Fuente página web cámara de comercio Bogotá, lista costumbres mercantiles avaladas, ítem contratos de riesgos compartidos y franquicias, cita ubicada en bibliografía).

FUNCIÓN ECONOMICA DE LA FRANQUICIA EN COLOMBIA

La Franquicia en Colombia representa un sector importante en la economía y el comercio nacional ya que aporta empleo y desarrollo a la nación, es importante enunciar las razones por las cuales este contrato cumple una función económica sólida y puede traer desarrollo y crecimiento en diferentes ámbitos y sectores que pueden ayudar a la consecución de mejorar la sociedad, el comercio y el crecimiento económico del país, las funciones o características que más destacan en lo económico son las siguientes:

- **Oportunidades de Negocio:** La franquicia ofrece oportunidades de negocio a emprendedores que quieren iniciar un oficio, pero no cuentan con la experiencia necesaria para empezar. Los franquiciantes brindan a los franquiciados una estructura comercial comprobada, un modelo operativo y soporte continuo.
- **Marcas conocidas:** las franquicias a menudo tienen marcas conocidas y reputaciones de calidad que ayudan a atraer clientes. Los consumidores pueden estar más dispuestos a comprar productos o servicios de una franquicia conocida.
- **Capacitación y soporte:** los franquiciados brindan a los franquiciados capacitación y soporte continuos que pueden ayudarlos a tener éxito en su negocio. Esto incluye capacitación comercial inicial, así como soporte continuo en áreas como marketing, gestión de inventario y servicio al cliente.
- **Economías de escala:** las empresas de franquicia pueden utilizar economías de escala para comprar suministros, equipos y otros artículos necesarios

para operar el negocio. Esto puede ayudar a los franquiciados a reducir costos.

- **Riesgo reducido:** la franquicia puede reducir algunos de los riesgos asociados con el inicio de un nuevo negocio.

Este modelo de negocios ha sido probado y refinado en varios lugares por lo que si se desarrolla una legislación clara y efectiva se puede reducir el riesgo de que las franquicias en Colombia vulneren derechos adquiridos, esto es de suma importancia ya que Colombia ha experimentado un crecimiento significativo en los últimos años. Estos son algunos datos económicos sobre las franquicias en Colombia:

- **Crecimiento:** Según la Asociación Colombiana de Franquicias (Colombia-franquicias) que hace 14 años realiza un estudio de este mercado nos indica que, la industria de franquicias de Colombia ha crecido de manera notable, en estos años el sistema de franquicias en el país creció de 103 a 565 franquicias, de las cuales un 56% son de origen Colombiano el resto provienen de empresas extranjeras, en este orden de ideas es un sector que tiene un desarrollo creciente y que es una forma de expansión económica considerable.
- **Número de franquicias:** Actualmente existen casi 600 marcas franquiciadas en Colombia, así mismo, en los últimos 15 años paso de tener 3.000 unidades de negocio franquiciadas a 15.900 y se espera que este número siga en constante crecimiento, ya que muchas marcas nacionales le apuestan a este modelo de negocio y marcas internacionales reconocidas

han mostrado el interés de radicarse en nuestro país y buscar una expansión en el territorio colombiano en los próximos años.

- **Empleo:** La industria de franquicias de Colombia genera mucho empleo en el territorio colombiano, ya que emplea aproximadamente a más de 150.000 personas, lo que representa más o menos el 1% de la fuerza laboral del país, en los últimos años se han generado 64.000 empleos en este sector del comercio.
- **Industrias:** Las industrias de franquicias que más se adquieren en Colombia son alimentos, bebidas, belleza, cuidado personal, servicios educativos y servicios financieros, en el último tiempo la expansión de negocios digitales viene creciendo exponencialmente, en las franquicias no es la excepción, este mercado se está abriendo al uso de franquicias en estos modelos de negocios, por lo tanto se espera que al franquiciarse se aumente igualmente la expansión y el crecimiento de las franquicias en Colombia.
- **Inversión:** Según medios de comunicación y revistas financieras el costo de inversión aproximadamente de una franquicia en Colombia es entre \$10.000.000 y \$150.000.000 según la industria y la marca.
- **Exportaciones:** Según ProColombia, las exportaciones de bienes elaborados en empresas que operan bajo franquicia han crecido bastante en los últimos años, particularmente a mercados como Perú, Ecuador, México y Estados Unidos.

Por último, es importante resaltar que este tipo de negocios es usado en gran parte por las microempresas y las pequeñas empresas, muchas de ellas ven esta herramienta comercial como un camino ideal para ser exitosos, ya que pueden utilizar un modelo de negocio probado anteriormente que funciona y que los puede capacitar en el mercado para abordar en cuestiones como la estandarización en el manejo de personal, en el manejo financiero, de costos y en otros aspectos que son complejos en el comercio actualmente y que requieren de un bagaje importante para que funcionen de manera adecuada en el mundo de los negocios, cabe resaltar que al 2023 las micro, pequeñas y medianas empresas representan aproximadamente el 90% del sector comercial, empresarial y productivo del país, al presentar una solución eficiente para el mercado a un costo accesible es una muy buena opción y es utilizada por estos actores del comercio.

Fuente: Ministerio de trabajo, Dane, Ministerio de industria y comercio (proyecto de decreto 29-07-21, Procolombia, revistas Forbes el tiempo entre otras, citas específicas ubicadas en bibliografía).

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 MATERIALES

Para el desarrollo del proyecto se usaron las fuentes bibliográficas relacionadas y las leyes referenciadas en el documento.

5.2 METODOLOGÍA

La presente monografía se enmarca en una investigación cualitativa descriptiva – interpretativa enfocada en un diseño documental desde la dirección hermenéutica, hace referencia a la interpretación del derecho comercial y su centro de interés es la franquicia.

La investigación se desarrollará de la siguiente manera:

En principio se investigará sobre cómo nace el modelo de franquicia, su historia y cuál es su columna vertebral, para determinar su origen y saber a ciencia cierta cuál es su ADN. Como fue creado y con qué fin, para de esta forma entender de manera integral el modelo, el contrato y poder concluir cuál es su fin comercial y como se da la relación contractual entre las partes contratantes.

Posteriormente se identificarán y analizarán algunas legislaciones en el mundo que han hecho un esfuerzo por regular o incluir reglas para este modelo de negocio denominado Franquicia, identificar que normas, leyes o pautas se dan en dicho modelo contractual que es bilateral, para que en la realidad y ejecución beneficie a ambas partes y se desarrolle de una manera adecuada basado en el principio de cooperación comercial.

En tercer lugar, se indagará como se desarrolla el Modelo Franquicia en Colombia, que esfuerzos ha hecho la legislación colombiana o los gremios para regular este tema y cómo se estructura el contrato atípico, sus características y la forma de como lograría materializar el hecho de que mute de ser un contrato atípico a uno típico.

Por último se propondrá un “Proyecto Ley” que busca regular la relación contractual y comercial denominada Franquicia, en donde se erigirán principios comerciales, derechos, deberes y reglas claras para que la relación comercial se desarrolle en un ámbito de buena fe y de cooperación para que el modelo y el contrato comercial

se perfeccionen en la teoría y pueda ayudar a que en la práctica se cumplan los preceptos comerciales de buena fe y de cooperación que necesita este modelo para que se desarrolle de manera eficaz.

6. DESARROLLO DEL PROYECTO

Para el desarrollo de este trabajo se tomará como referencia algunas legislaciones mundiales que hayan regulado las franquicias o ayudado a que esta tenga reglamentos o lineamientos claros para su desarrollo. También se indagarán contratos típicos que puedan tener similitud para crear un “Proyecto Ley” del modelo contractual franquicia, a su vez se revisara si la legislación colombiana se ha pronunciado sobre este tema o si los gremios colombianos lo han hecho. Se realizará una radiografía del modelo franquicia desde sus inicios basado en textos académicos o narrativos que nos permitan desarrollar un concepto claro y fidedigno de dicho modelo.

6.1 ¿QUÉ ES UN MODELO DE FRANQUICIA?

Para comprender los modelos de franquicia, se hace necesario ahondar un en la historia y los métodos que se han construido en diferentes países. Nos interesa particularmente hacer un acercamiento desde las prácticas comerciales relacionadas con la franquicia en España y Estados Unidos particularmente teniendo en cuenta su influencia en el sistema normativo en Colombia. Es de recordar que el concepto de franquicia, así como un poco de sus antecedentes fueron abordados en el acápite de antecedentes, es así como el interés ahora es revisar el tema desde el derecho comparado.

MODELOS DE FRANQUICIAS EN EE. UU:

En Estados Unidos particularmente una franquicia corresponde a una relación jurídica y comercial que se da entre el dueño de una marca (comercial o de servicio) y un comprador (persona o grupo) que quiere utilizar dicha marca para abrir un nuevo negocio. Este país ha sido pionero en el tema de franquicias dado que es aquí donde nace y evolucionó el primer modelo de franquicia hasta la llegada del modelo europeo.

Estados Unidos es un punto de referencia a nivel mundial en el tema de franquicias. Según un estudio de 2016, había unas 733.297 franquicias, que generaron unos 886 mil millones de dólares de volumen de negocios, con más de 3.000 redes de franquicias. Se pueden distinguir dos tipos de modelos de franquicias:

“BUSINESS FORMAT FRANCHISES: Es el equivalente de la franquicia conocida, por ejemplo, en España, que supone la transmisión del “saber hacer” y el uso de la marca”.

“PRODUCT DISTRIBUTION FRANCHISES: Este modelo de franquicia permite el uso de “signos distintivos” de la marca sin transmisión del “know-how”.”

MODELOS DE FRANQUICIAS EN ESPAÑA: En España por su parte las franquicias corresponden a una relación comercial entre dos partes denominadas franquiciante y franquiciador. En la relación contractual el franquiciante paga una cantidad de dinero con el fin de tener la licencia para comenzar un negocio usando una marca que se encuentra posicionada en el mercado. Se encuentran distintos tipos de contrato que rigen las franquicias, uno de ellos es un contrato atípico; es decir, que no se encuentra en la legislación, siempre y cuando no infrinja normas obligatorias que lo hagan nulo. Este contrato contiene elementos indispensables para su ejecución, como lo son:

La cesión de uso de una marca, imagen corporativa, presentación uniforme de locales o medios de transporte, la participación de conocimientos técnicos o saber hacer (“know how”), el soporte comercial y/o técnico por parte del franquiciador.

Dentro de la normativa se plantea que las personas físicas o jurídicas que vayan a llevar a cabo una franquicia en España deberán comunicar sus datos, en un plazo de tres meses desde el inicio de la actividad o bien al registro de la Comunidad Autónoma donde vaya a realizar la este negocio, si esto no se realiza podrá conllevar una importante sanción económica. Para llevar a cabo este registro se debe presentar datos referentes a los franquiciadores, denominación de los derechos de propiedad industrial o intelectual y descripción del negocio objeto de la franquicia, con expresión del número de franquiciados, la información la debe suministrar como mínimo 20 días antes de la firma del contrato.

MODELOS DE FRANQUICIAS EN COLOMBIA:

Particularmente en Colombia no existe claridad en el modelo de franquicia debido a que este tipo de acuerdo se clasifica en los contratos atípicos, lo cual da lugar a establecer diferentes formas de relaciones contractuales según lo consideren las partes, ajustando en el contrato lo que según sus propios criterios consideran relevante, particularmente existe consenso en las cámaras de comercio del país en indicar que “La franquicia es un tipo de contrato utilizado en el comercio mediante el cual una parte llamada franquiciador cede a otra llamada franquiciado la licencia de una marca para su explotación comercial”, para las cámaras de comercio este contrato debe incluir “los métodos, procedimientos y tecnología a cambio de pagos periódicos. La franquicia consiste en aprovechar la experiencia de una empresa ya posicionada que ha conseguido una ventaja competitiva destacable y un gran

reconocimiento en el mercado”. Así mismo en la definición se encuentran los compromisos entre las partes “Mediante el contrato de franquicia, el franquiciador se compromete a transmitir parte de esos valores al franquiciado y éste consigue una sensible reducción de los requisitos de inversión”, otro elemento que se incorpora en esta definición es el riesgo, “puesto que trabaja sobre algo que ya es conocido y que ha tenido experiencia”. Por otro lado:

En el artículo **EL CONTRATO DE FRANQUICIA, LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE UNA REALIDAD ECONÓMICA** de los autores Mauricio Javier Restrepo Navarro y Víctor Hugo Serrano Miranda se presentan las definiciones relacionadas con el contrato de franquicia:

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**).

Así mismo dichos autores indican que existen los siguientes modelos de franquicia:

- Contrato de Franquicia y de Distribución.
- Contrato de Franquicia y Concesión.
- Contrato de franquicia y de Agencia Comercial.
- Contrato de Franquicia y Licencia de marca.

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, Decisión 486 de 2.000**).

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 “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Decreto 957 del 2019 define las empresas por su tamaño:

ARTÍCULO 2.2.1.13.2.2.

Microempresa. “Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean inferiores o iguales a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT).”

Pequeña Empresa. “Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a treinta y dos mil novecientos ochenta y ocho Unidades de Valor Tributario (32.988 UVT) e inferiores o iguales a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y uno Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT).”

Mediana Empresa. “Aquella cuyos ingresos por actividades ordinarias anuales sean superiores a ciento treinta y un mil novecientos cincuenta y un Unidades de Valor Tributario (131.951 UVT) e inferiores o iguales a

cuatrocientos ochenta y tres mil treinta y cuatro Unidades de Valor Tributario (483.034 UVT).”

La sentencia C-975-02 expresa que:

Propiedad intelectual e industrial: “La propiedad intelectual comporta aquella disciplina normativa a través de la cual se busca proteger y asegurar las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, el trabajo o la destreza del hombre, que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica. El concepto de propiedad intelectual, abarca en un primer aspecto la propiedad industrial que se refiere esencialmente a la protección de las invenciones, las marcas comerciales y de fábrica, los diseños industriales, el nombre comercial, los modelos de utilidad, la enseña y el control y represión de la competencia desleal.”

6.2 LEGISLACIONES INTERNACIONALES.

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FRANQUICIA EN ESTADOS UNIDOS:

Aunque en Estados Unidos el sistema de franquicias ha sido ampliamente utilizado, existe una imagen algo desfavorable para una pequeña parte de la población estadounidense, debido a los abusos que se dieron en la década de 1960 y a principios de 1970, cuando algunas franquicias deshonestas engañaron a muchos inversores y consumidores generando miedo y desconfianza en los inversores. Entre las franquicias que fracasaron se encontraba Wild Bill’s, una franquicia de hamburguesas que consiguió estafar a muchos franquiciados que invirtieron en esta franquicia por un precio muy alto y que nunca pudieron abrir sus puertas dado que los dueños de la franquicia no respetaron la asistencia técnica a la que inicialmente se comprometieron. Así mismo en otros casos relacionados muchos franquiciatarios constantemente se quejaban de que nunca sabían nada de sus franquiciantes hasta que dejaban de pagar alguna regalía. Por lo que intencionalmente o no, se

originaron una serie de problemas provocados por malentendidos, errores de cálculo, declaraciones falsas o simplemente dolosas.

California fue el primer estado en regular el contrato de franquicia en 1971 promulgando la primera Ley estatal sobre la materia. Entre los requerimientos que contemplaba esta primera Ley, se encontraba tiempo para evaluar el negocio jurídico, los franquiciadores debían entregar copia del contrato de franquicia a los franquiciatarios, así como una relación de estados financieros, haciendo de la franquicia un contrato oficial susceptible de revisión y seguimiento por parte del Estado. Esta ley permitió negociaciones más éticas sirvieron como precedente para otros estados estadounidenses.

En Estados Unidos gran parte de los contratos de franquicia contienen cláusulas que prohíben al franquiciatario ejercer actividades de competencia en la misma unidad franquiciada o en las cercanías. Si dos personas acuerdan que uno, no competirá con el otro al término de una relación de negocio, las Cortes respetaran el acuerdo. De hecho, muchos estados impiden la obligatoriedad de la cláusula de no competencia debido a que el derecho de los ciudadanos al trabajo es una política pública dominante. De hecho, hay una gran división en relación con la obligatoriedad de los convenios de no competencia en los Estados Unidos. Cada Estado permite dichos convenios en determinadas circunstancias, pero por razones de política pública, muy pocas jurisdicciones respetarán una cláusula de no competencia que impida a un individuo ganarse la vida. Sin embargo, con excepción de California, virtualmente cada estado hará obligatoria una disposición de no competencia en un acuerdo de franquicia, advirtiendo que la cláusula es razonable en tiempo y distancia.

Los contratos de franquicias están regulados a nivel federal por la **FEDERAL TRADE COMMISSION'S TRADE REGULATION RULE ON FRANCHISING** (normativa relativa a la franquicia establecida por la Comisión Federal de Comercio),

quién está encargada de la aplicación de la “FTC Rule” y verifica que los franquiciadores cumplan con las informaciones precontractuales. **EI “FRANCHISE DISCLOSURE DOCUMENT” (“FDD”)**, o documento de información precontractual, debe contar con información del franquiciador, responsables de la empresa, forma de resolución de eventuales litigios, inversiones necesarias, espacialidad del contrato, responsabilidades de las partes. Este documento se debe presentar al franquiciado con 14 días de antelación a la firma del acuerdo contractual.

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FRANQUICIA EN ESPAÑA:

En la legislación española no hay una normativa concreta que regule la Franquicia, existen distintas leyes y normas que no son propias pero que se le aplican. Su definición se encuentra en el “artículo 62 de la Ley 7/1996” sobre Ordenación del Comercio Minorista -único precepto con rango de ley que alude a cualquier referencia a su naturaleza o régimen jurídico. Dicha norma da vida a la creación del registro de Franquiciante, registro que permite la regulación, formalización, la publicidad a fin de impulsar la franquicia como un sistema de negocio que impacte la economía. El Decreto 419/2006 modifica las disposiciones anteriores y establece los datos y obligaciones de las partes para celebrar el Contrato de Franquicia, así como los plazos y sanciones para quienes incumplan las disposiciones del nuevo decreto. Puede decirse que la regulación se ha encaminado a proteger al franquiciado, incentivando el comercio minorista.

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA FRANQUICIA EN PERU:

En Perú no existe un marco regulatorio específico para el sistema de franquicias, sin embargo, existe un registro facultativo de franquicias y este se hace a través del Instituto Nacional de Defensa De la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, quien ha establecido algunas normas de propiedad industrial relacionadas indirectamente con la franquicia. Entre las normas vigentes para las Franquicias se encuentra la Constitución Política del Perú los artículos del 58 al 65. El Código Civil en lo que respecta al tema de contratos, obligaciones y acto jurídico, la regulación del régimen jurídico del acto de comercio, las costumbres mercantiles, la analogía entre otros asuntos jurídicos que pueden aplicarse a la franquicia.

El Código de Comercio establece los principios que regulan los contratos, así como los efectos del negocio jurídico, la interpretación de las cláusulas contractuales, el modo de extinguirse las obligaciones, anularse o rescindirse. Ante la ausencia de norma que permita la interpretación de los contratos mercantiles, estos se rigen por las reglas generales del derecho común y el principio de la buena fe. El artículo 1361° del Código Civil, indica la obligatoriedad de los contratos y sus respectivas cláusulas contractuales. Para desvirtuar el acuerdo contractual debe probarse con pruebas suficientes de lo contrario primara el negocio jurídico establecido en el contrato mercantil.

La decisión 291 de la comunidad Andina de Naciones (CAN) denominada “Acuerdo de Cartagena” establece régimen común que le darán los países miembros de la CAN a los capitales extranjeros, derechos sobre las marcas, patentes, licencias y regalías para facilitar e incentivar la inversión extranjera. El capítulo IV establece los lineamientos jurídicos para la celebración de contratos de importación de

tecnología, el artículo 12 de la misma aborda los contratos de licencia de tecnología, asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica entre otros. Por su parte

El Decreto Legislativo 1075 del 2017 establece disposiciones complementarias a la decisión 486 de la CAN estableciendo los elementos constitutivos de la propiedad industrial, los cuales son aplicables a la franquicia.

6.3 LA FRANQUICIA EN COLOMBIA

En Colombia es un contrato atípico, debido a que no hay una ley específica que regule el contrato de franquicia. Existen algunas disposiciones de carácter general e imperativo dispuestas en los Códigos Civil, de Comercio y de Ética tanto para las franquicias, como para los usos y costumbres comerciales. Las partes que deseen suscribir un contrato de franquicia son libres en establecer el contrato bajo sus necesidades e intereses. Actualmente existe ambigüedad en las obligaciones, condiciones y responsabilidades derivadas del contrato de franquicia, sin embargo, se han hecho grandes esfuerzos a través de su jurisprudencia para establecer relaciones éticas en torno a la Franquicia creándose la Cámara Colombiana de Franquicias COLFRANQUICIAS, con el fin de favorecer el estudio de está. De este modo, la franquicia se desarrolla en Colombia a través de un contrato comercial atípico. Otros esfuerzos por establecer unos parámetros normativos en la materia se han dado desde el Ministerio de comercio, industria y turismo quienes están trabajando en una propuesta de Decreto de Min comercio, el Contrato de franquicia deberá contener la siguiente estructura:

Artículo 2.2.1.19.2.1. Contrato de Franquicia. El contrato de franquicia deberá constar por escrito y cumplir, al menos, con los siguientes requisitos:

1. Incluir la constancia de entrega previa de la circular de oferta de franquicia.
2. La identificación de las partes, con su domicilio.
3. La descripción del sistema de negocio de franquicia.
4. Las obligaciones y derechos de las partes.
5. Precio, remuneración y forma de pago.
6. Pagos por regalías y cualquier pago continuo que el franquiciado debe hacer al franquiciante, si aplica.
7. Inversiones adicionales o reinversiones que el franquiciado deba hacer durante la vigencia del contrato, si aplica.
8. La autorización de uso de los derechos de propiedad intelectual y/ o derechos de autor comprendidos por el sistema de negocio de franquicia.
9. La zona geográfica o territorio en la que el franquiciado ejercerá las actividades objeto del contrato.
10. La duración del contrato.
11. Condiciones de renovación y resolución del contrato.
12. Incumplimientos, multas, cláusulas penales o sanciones y formas de remedio a los incumplimientos.
13. Condiciones de terminación del contrato.
14. Deberes y derechos de las partes a la terminación del contrato.
15. Las características de la capacitación y/o asistencia técnica, comercial y operativa del personal del franquiciado.
16. Derechos y condiciones de transferencia de la franquicia.
17. Definición de formas para la resolución de conflictos.

18. Pactos de exclusividad, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del sistema de negocio objeto de franquicia, en lo relacionado con las franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de las MIPYMES.

Respecto de las responsabilidades dicha propuesta de decreto propone:

Artículo 2.2.1.19.2.2. Responsabilidad de las partes. "El franquiciante y el franquiciado, responderán individual e independientemente por sus obligaciones comerciales, tributarias y laborales sin que pueda inferirse una solidaridad pasiva, salvo pacto en contrario"(Comfenalco, 2022). De igual manera, entre el franquiciante y franquiciado no debe existir ninguna clase de relación jerárquica.

En cuanto a la identificación de las partes dicha propuesta propone:

Artículo 2.2.1.19.2.3. Identificación de franquiciantes y franquiciados en el Registro Mercantil. Las personas naturales o jurídicas que desarrollen en Colombia la actividad de franquicia deberán identificarse como franquiciante o franquiciado, según el caso, en el momento de realizar la inscripción o renovación del registro mercantil. Sólo deberán identificarse como franquiciantes las personas naturales residentes o jurídicas domiciliadas en Colombia que tengan su registro mercantil y que tengan otorgada al menos una franquicia en el país.

Parágrafo 1. Cuando se trate de personas naturales o jurídicas que se encuentren desarrollando la actividad de franquicia, a la vigencia de este decreto, deberán cumplir con la obligación de identificarse como franquiciante o franquiciado, en el momento de realizar la respectiva renovación.

Parágrafo 2. La entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las cámaras de comercio deberá impartir las instrucciones y definir los criterios que deben tenerse en cuenta para realizar los ajustes necesarios en el formulario de registro, con el fin que se puedan realizar la identificación de que trata este artículo.

También se exige conocer por parte de los franquiciadores el código de ética planteado en el código de comercio y conocer las obligaciones de los negociadores de franquicias, entre las obligaciones del franquiciante actualmente se encuentra el haber explotado con éxito un concepto de negocio, durante un período de tiempo razonable y, como mínimo, una unidad piloto antes de poner en marcha la red de franquicia, tener el derecho de propiedad o los derechos legales de uso del nombre comercial, marca comercial, logos y otros derechos de propiedad intelectual que identifiquen su sistema de franquicia. Entregar a sus franquiciados los manuales de operación, técnicos y comerciales del negocio a franquiciar. Dar capacitación y asistencia comercial y/o técnica cuando se requiera durante la vigencia del contrato, bajo las condiciones previstas en el respectivo contrato de franquicia. En cuanto a las obligaciones del franquiciador se debe dedicar sus esfuerzos para lograr el crecimiento exitoso de su negocio de franquicia, para lo cual debe consolidar las marcas y demás derechos de propiedad intelectual que identifiquen la franquicia, Suministrando al franquiciante los datos operativos, datos financieros para orientar una gestión efectiva. Además de lo anterior tiene prohibido revelar a terceros el know-how y/o poner a disposición de estos los manuales operativos, técnicos o comerciales, ni documentos confidenciales.

Cabe resaltar que el contrato de franquicia tiene gran impacto económico y social, por su gran impacto en el desarrollo de nuevos

modelos de negocios y la generación de recursos que favorecen el crecimiento del comercio minorista en el país, impulsando el modelo comercial dinamizando la economía dado su importante crecimiento puesto que Colombia se ha convertido el 4º país en la región con el mayor número de franquicias con 565 y un estimado de 10.900 a 12.900 negocios jurídicos celebrados según el presidente de la junta directiva de la Cámara Colombiana de Franquicias.

El gobierno nacional colombiano busca regular las franquicias como lo expresa en su ley 2069 del 2020 en donde en su artículo 11 dice:

“ARTÍCULO 11. DE LAS FRANQUICIAS. El Gobierno Nacional promoverá el modelo de franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de MiPymes. Para estos efectos, reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar.”

(ley 2069 del 2020)

Las condiciones técnicas y estrategias definidas por el Gobierno Nacional para promover el modelo de franquicias como alternativa de emprendimiento, en ningún momento podrán representar mayores beneficios que los implementados para promover la creación de nuevas empresas.

6.4 CONTRATO TÍPICO Y ATÍPICO.

Los Contratos típicos son regulados legal y explícitamente, debe seguirse lo consagrado en la normatividad para su creación siguiendo lo que indica la ley.

Contratos atípicos. No están regulados en la ley. Surgen de la necesidad social para cubrir las situaciones cotidianas que se presentan en el comercio.

Los contratos atípicos deben respetar los lineamientos contractuales preestablecidos y las orientaciones dadas por la corte constitucional y la corte suprema de justicia en asuntos relacionados con las prácticas comerciales. Existen requisitos generales o universales, que dan sentido al contrato a fin de evitar el abuso del derecho o la violación de derechos de las partes.

Un contrato atípico debe cumplir los requisitos generales de cualquier contrato, como son: la capacidad legal de las partes para obligarse, que el objeto contractual verse sobre un objeto lícito, que se establezcan obligaciones claras de hacer, no hacer o dar, y que respete los derechos y deberes constitucionales y legales.

6.5 “PROYECTO LEY “FRANQUICIA EN COLOMBIA”.

El Gobierno Nacional ha hecho esfuerzos por regular el contrato de franquicias mediante una propuesta de decreto expedido por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, buscando fortalecer el emprendimiento y teniendo en cuenta las facultades asignadas en la Ley de Emprendimiento. Esta situación abre el debate si es constitucional o no la regulación contractual mediante decreto reglamentario.

Como se mencionó anteriormente el contrato de franquicia en Colombia es un contrato atípico, su naturaleza permite la flexibilidad a las partes de asumir una negociación la cuál puede ser justa o injusta según los términos que se le asignen al contrato, es decir no hay una intervención clara por parte del Estado ni la puede haber y menos en un escenario normativo como es el del derecho comercial que asume las cláusulas contractuales como ley para las partes. Por otro lado, la autonomía de la voluntad es un tema de revisar con cuidado, teniendo en cuenta la naturaleza de las relaciones comerciales, las cuales suelen darse en atmósferas de confianza y colaboración. Para lo cual respetar la autonomía de la voluntad constituye un principio esencial en las relaciones contractuales y no pueden forjarse impedimentos legales que restrinjan la movilidad de negociación. Ahora bien, la problemática va un poco más allá cuando lo que se analiza son los casos en los cuales las negociaciones superan la intención de un comercio sano y justo y

empiezan a tornarse en negociaciones fraudulentas y poco éticas, estableciendo cláusulas contractuales lesivas para alguna de las partes y generando daño económico, e incluso de la imagen comercial. En este tema el empresario o la empresa afectada se ve imposibilitado muchas veces a resolver jurídicamente su situación puesto que esa misma autonomía de la voluntad se lo restringe. Teniendo en cuenta estas situaciones poco éticas o injustas es que realmente se hace necesario establecer un contrato típico, y más aún cuando el crecimiento de modelos comerciales escalables en forma de franquicia son una tendencia y una oportunidad para el desarrollo comercial y regional. El crecimiento en la región y en el mundo se ha dado de forma acelerada, sobre todo por su naturaleza de relación colaborativa que les permite a las empresas o empresarios crecer sin asumir la inversión para penetrar mercados nacionales e internacionales a fin de hacer crecer sus ingresos.

Además de lo anterior el contrato de franquicias representa un riesgo para las partes teniendo en cuenta que si no se hace un uso adecuado de la negociación pueden quedar muchos vacíos legales. Entre las afectaciones encontramos para el franquiciador que se vea vulnerado el nombre y la imagen de su marca, el desarrollo de su know-how, lo cual puede perturbar su modelo de negocio exitoso. Así mismo existen riesgos para el franquiciante quien puede no percibir los ingresos proyectados debida a su falta de conocimiento en los estados financieros o por errores en la implementación del modelo, competencia desmedida, falta de capacitación en condiciones técnicas idóneas del negocio para su correcta ejecución, entre otras.

Sin una regulación específica y propia del contrato de franquicia y con vacíos legales debido a un código de comercio de más de cincuenta años, es un poco gris el panorama. Se entiende que el legislativo ha tratado de darle agilidad a los procesos y que la ley de Emprendimiento y la Ley 2069 de 2020 facultan al Gobierno Nacional para que presente, vía decreto reglamentario los alcances y reglamentación jurídica

del contrato de franquicia. Esto deja una situación de análisis puesto que la actividad comercial es una actividad constitucional, es decir las actividades desarrolladas en el comercio deberían estar protegidas por la ley para su correcta ejecución y una regulación vía decreto podría vulnerar derechos de los comerciantes, además se estaría transgrediendo el debate abierto y controvertido que suele darse en torno a estos temas en el congreso de la república previo a la aprobación de una ley, proceso que permite la participación de los actores que se van a ver beneficiados de esta modalidad de contratación. Expedir un decreto a pupitrazo es sin duda un acto de poder que se impone, si bien el fin aparentemente es bueno, se desconoce los efectos que puede tener en su ejecución sobre todo porque no se dio la oportunidad procesal que requiere toda Ley. Es decir que se propone un contrato comercial por decreto sin regulación propia en el ordenamiento jurídico colombiano.

Recordemos que limitar el ejercicio contractual de la autonomía de la voluntad por medio de un decreto reglamentario y no mediante un proyecto de ley como debería ser de acuerdo con las normas constitucionales que garantizan la libertad de empresa, es un vicio de inconstitucionalidad.

Claramente la constitución política de 1991 en su artículo 151 establece que solo el congreso colombiano puede expedir leyes en materia de intervención económica motivando sus fines y alcances, así mismo el artículo 333 de la carta magna indica que la actividad económica en Colombia es una actividad libre. Lo anterior refleja que el trámite adecuado para dar vida legal al contrato de franquicia es el trámite de un proyecto de ley en el congreso y con mayor razón cuando estamos hablando de un derecho regulado por el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas u otras formas de propiedad intelectual que le es inherente a la franquicia puesto que un elemento fundamental de este modelo de contrato son las licencias de marca, nombre y enseña comercial. Queda claro que es el legislativo, quien debe tramitar el asunto relacionado con el contrato de franquicia y no el ejecutivo mediante un decreto sin los debates necesarios y ajustes para que nazca y cumpla sus objetivos.

La corte constitucional en sentencia **C-188-2022** y tratando justamente el tema de quien debe regular la franquicia expone lo siguiente:

Este tribunal ha señalado “que un elemento esencial para que se pueda ejercer la facultad reglamentaria es la de la preexistencia de un contenido material legislativo que sirva de base para el ejercicio de dicha potestad” [112]. Debe tratarse de “disposiciones legales que establezcan criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho” [113]. Con apoyo en tal premisa, no es posible que el legislador -salvo los casos de otorgamiento de facultades extraordinarias según lo previsto en el artículo 150.10- traslade al gobierno la facultad de regulación sobre determinada materia”

(C-188-2022)

“El Congreso de la República, sin considerar la importancia jurídica y práctica del contrato de franquicia, se hizo a un lado y así violó la Constitución. Procede entonces la declaratoria de inexecutable. En efecto, este tribunal ha señalado que “una norma de habilitación presente en una ley que carece de materialidad legislativa en las materias para cuya regulación remite al reglamento, no puede tenerse sino como una irregular transferencia de competencias legislativas al Gobierno, contraria a la Constitución” [130].”

(C-188-2022)

Para la elaboración del borrador proyecto de Ley “Proyecto Ley Franquicia” se tomó en cuenta la información existente en las cámaras de comercio, así como la dispuesta por Ministerio de comercio, industria y turismo las fuentes doctrinales, el derecho comparado (Estados Unidos, España, Perú) y sus aspectos económicos y contractuales relevantes para formar un texto claro y con pautas efectivas para la evolución de esta figura denominada franquicia. A continuación, se presenta una propuesta de borrador de proyecto de Ley:

“Por medio del cual se establece la regulación del contrato de franquicia bajo lineamientos y reglas éticas y objetivas para las partes”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo establecido en artículo 11 de la Ley 2069 de 2020 y las motivaciones de la ley 2069 de 2020, la falta de “regulación específica del contrato de franquicia hace que pueda confundirse con contratos atípicos e implica que sea necesario acudir al uso de la costumbre mercantil que, si bien es una fuente válida, en ocasiones puede ser contradictoria”. Además, considerando el crecimiento del sistema de franquicias en Colombia tanto nacionales como extranjeras, y que es un modelo generador de empleo y emprendimiento. Sumado a que se hace necesario definir condiciones técnicas que impulsen su consolidación siguiendo la ética y la transparencia, conociendo la totalidad de la información para la celebración de los contratos por parte de franquiciados y franquiciantes.

En mérito de lo expuesto,

Artículo 1 Objeto. La presente Ley tiene por objeto establecer los lineamientos y reglas en el contrato de franquicia en Colombia bajo un modelo de contrato que contemple las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y franquiciado, para que dicho contrato este basado en la buena fe y en las costumbres mercantiles.

Artículo 2. Concepto. El contrato de franquicia está encaminado al derecho de explotar comercialmente un modelo de negocio que ya ha sido probado, el cuál es replicable y también transmisible. Este derecho esta coligado con el derecho de explotación de la marca comercial, el nombre y logo del franquiciante, el uso de los derechos de propiedad intelectual, los sistemas operativos, y el suministro de conocimientos, capacitación y/o asistencia técnica; a cambio de una contraprestación económica, directa, indirecta o ambas, por parte del franquiciado, durante un tiempo determinado, extensible por las partes.

Artículo 3. Etapa precontractual (fuente proyecto ley 241 del 2021): se deberá presentar antes de la firma del contrato de franquicia un documento el cual se denominará oferta única en el cual se mostrará de manera transparente la información mínima requerida para que el franquiciado conozca las condiciones técnicas, financieras y jurídicas del negocio y mercado en el cual participara, este documento debe ser entregado 1 mes antes de la firma del contrato de franquicia y deberá contener:

- A.** Datos de inscripción en el registro de franquiciantes.
- B.** Razón social, nombre comercial de la empresa franquiciante, identificación de sus accionistas y socios, situación financiera, Rut, cámara de comercio y demás datos que acrediten la veracidad de la empresa en el mercado.
- C.** Un informe detallado de cómo ha sido su gestión a lo largo de los años, casos de franquicias exitosas, situación actual financiera de sus franquiciados, desarrollo de su red de franquicias en el territorio y demás cuestiones relevantes para demostrar que su franquicia es exitosa para quienes la adquieren.
- D.** Un inventario de bienes ya sean tangibles e intangibles que serían entregados, registros ante las autoridades nacionales o internacionales de propiedad intelectual e industrial de su modelo de negocio o marca.
- E.** Los balances financieros de su negocio y de su red de franquicias, estado de resultados, balance general, costos, gastos, ingresos y cualquier otra

cuestión relevante que permita verificar la situación de la empresa y tomar una decisión consciente basado en datos verificables.

- F.** Inversión inicial, inversión mes a mes, costos, gastos, porcentaje de retención que cobrara el franquiciante y cualquier otro rubro pertinente en la ejecución de la operación de la franquicia.
- G.** Definición de un mapa de la red de franquiciados, en donde se muestre cuantas franquicias tiene el franquiciante donde están ubicadas, a su vez la definición de en qué territorio puede operar el franquiciado según sea el caso o el negocio.
- H.** Informe de procesos judiciales, arbitrales, de liquidación, de quiebras, o cualquier pendiente con la justicia, con algún tercero en el territorio colombiano o en el extranjero.

Artículo 4. Elementos esenciales del Contrato de franquicia. Son elementos esenciales del Contrato de franquicia comercial los siguientes:

- a) Licencia de Marca:** La marca debe estar registrada en el país. El franquiciante debe evidenciar que es titular de la propiedad de la marca y su reconocimiento comercial. La licencia del uso de la marca incluye el uso de sus signos y símbolos distintivos y los instructivos para el desarrollo del modelo de negocio.
- b) Transferencia del KNOW HOW.** El franquiciante debe entregar por escrito al franquiciador las instrucciones claras y precisas del modelo del negocio, las cuales debe seguir taxativamente el franquiciador
- c) Regalías o Pago:** Debe establecerse una contraprestación económica por el uso de las licencias y el modelo de Negocios, así como el asesoramiento en la implementación de este durante la vigencia del contrato.

- d) **Territorio:** Se deben establecer las zonas geográficas en donde se desarrollarán exclusivamente las actividades acordadas en el contrato de franquicia.
- e) **Asistencia Técnica en el modelo de negocio:** Se deben establecer las modalidades de asistencia, incluyendo manuales operativos, capacitación y asistencia técnica para la implementación del modelo de negocio.
- f) **Compromisos:** Las partes deberán respetar los compromisos adquiridos siempre que estos se encuentren en el marco de la autonomía, la buena fe y los principios comerciales como la buena fe y derechos constitucionales.
- g) **Confidencialidad:** Se debe guardar absoluta confidencialidad respecto a terceros del modelo de negocio aún después de finalizada la relación contractual
- h) **Duración:** Se deben respetar los plazos fijados, así como las cláusulas de renovación.
- i) **Rescisión del contrato.** Cuando las partes establezcan cláusulas de rescisión anticipada del contrato se deberán respetar según lo acordado, siempre y cuando no vulneren derechos ni principios constitucionales.

Artículo 5. Obligaciones del franquiciante. Son obligaciones del franquiciante como mínimo las que se enumeran a continuación conservando siempre el respeto por la autonomía la buena fe y la voluntad de los contratantes:

- a) “Suministrar históricamente y con antelación la información económica y financiera de la evolución del modelo económico ofrecido en franquicia, de propiedad del franquiciante, el cual debe estar en operación con no menos de dos (2) años en el país o en el extranjero” (Mincomercio,2022)

- b)** “Proporcionar al franquiciado el sistema de negocio derivado de la experiencia del franquiciante y comprobado por éste, de conformidad con las condiciones de confidencialidad y protección de propiedad intelectual acordadas” (Mincomercio,2022)
- c)** “Entregar al franquiciado el o los manuales con las especificaciones útiles para desarrollar la actividad prevista en el contrato” (Mincomercio,2022)
- d)** “Prestar capacitación y/o asistencia técnica, comercial y/u operativa para el funcionamiento de la franquicia durante la vigencia del contrato” (Mincomercio,2022)
- e)** “Autorizar al franquiciado la explotación de los derechos de propiedad intelectual y demás comprendidos en el sistema de negocio, de acuerdo con las condiciones definidas en los contratos de franquicia que otorgue” (Mincomercio,2022)
- f)** “Defender y proteger el uso de los derechos sobre la propiedad intelectual que se le han conferido al franquiciado” (Mincomercio,2022)
- g)** “Aprobar y acatar las subcontrataciones que el franquiciado considere necesarias, previo conocimiento de estas” (Mincomercio,2022)
- h)** Velar por que se cumplan las condiciones técnicas, operativas y económicas para que el franquiciado pueda desarrollar el modelo de franquicia de manera óptima e integral y así el negocio tenga éxito dentro de los parámetros normales y naturales del comercio y del negocio específico que se quiere desarrollar.
- i)** Adelantar labores de capacitación y supervisión continua de marca para el control de los usos comerciales que se les dé y para así mantener estándares de calidad alta en sus productos o servicios que representen su marca, esto también en virtud de proteger al consumidor y mantener las buenas prácticas comerciales de su franquiciado.

- j) Si el modelo de franquicia lo requiere deberá proveer las mercancías, materias primas, productos o servicios para que el franquiciado desarrolle el modelo de negocio y pueda surgir comercialmente como una extensión de la marca.

Artículo 6. *Obligaciones del franquiciado.* Son obligaciones del franquiciado como mínimo las que se enumeran a continuación conservando siempre el respeto por la autonomía de la voluntad de los contratantes:

- a) “Desarrollar la actividad del sistema de negocio franquiciado, cumpliendo con las especificaciones del o de los manuales proporcionados por el franquiciante” (Mincomercio,2022)
- b) “Entregar la información que requiera el franquiciante para el conocimiento del desarrollo del sistema de negocio franquiciado, de acuerdo con lo estipulado en la circular de oferta de franquicias y en el contrato” (Mincomercio,2022)
- c) “Facilitar la realización de las inspecciones que se hayan pactado y que, en todo caso, se refieran a los bienes y/o actividades objeto de la franquicia” (Mincomercio,2022).
- d) “Abstenerse de realizar actos que puedan poner en riesgo el buen nombre y/o el prestigio del sistema de negocio franquiciado” (Mincomercio,2022).
- e) “Informar al franquiciante de cualquier violación de los derechos de propiedad intelectual de que tenga conocimiento” (Mincomercio,2022).
- f) “Mantener la confidencialidad de la información reservada que integra el sistema de negocio franquiciado y tomar las medidas necesarias para preservar la misma. Esta obligación subsiste después de la terminación del contrato, mientras la información recibida por el franquiciado mantenga el carácter de confidencial” (Mincomercio,2022).

- g) “Realizar el pago de las contraprestaciones pactadas en el contrato” (Mincomercio,2022).
- h) “Informar al franquiciante sobre las subcontrataciones que requiera realizar” (Mincomercio,2022).

Artículo 7. Estructura Contrato de franquicia. El contrato de franquicia deberá constar por escrito y cumplir, al menos, con los siguientes requisitos:

- a) La entrega previa de la oferta de franquicia escrita y las pruebas relacionadas.
- b) Domicilio e identificación de las partes, nombres y apellidos de los contratantes, en caso de ser empresas, nit registrado en cámara de comercio y nombre de empresa o marca comercial, documentos de identificación válidos y vigentes.
- c) La descripción del sistema de negocio de franquicia, naturaleza del negocio a franquiciar, características específicas, riesgos y demás elementos de importancia en la contratación de la franquicia para el franquiciado.
- d) “Las obligaciones y derechos de las partes” (Mincomercio,2022)
- e) “Precio, remuneración y forma de pago” (Mincomercio,2022)
- f) “Pagos por regalías y cualquier pago continuo que el franquiciado debe hacer al franquiciante, si aplica” (Mincomercio,2022)
- g) “Inversiones adicionales o reinversiones que el franquiciado deba hacer durante la vigencia del contrato, si aplica” (Mincomercio,2022).
- h) “La autorización de uso de los derechos de propiedad intelectual y/ o derechos de autor comprendidos por el sistema de negocio de franquicia” (Mincomercio,2022).
- i) “La zona geográfica o territorio en la que el franquiciado ejercerá las actividades objeto del contrato” (Mincomercio,2022).
- j) “La duración del contrato” (Mincomercio,2022).
- k) Condiciones de modificación y renovación del mismo.

- l)** Condiciones de resolución del contrato.
- m)** Causas y efectos de la extinción del contrato, es decir, como las partes podrían dar por terminado el contrato de manera unilateral o bilateral.
- n)** Las estipulaciones indicando claramente tiempo, modo y lugar para los Incumplimientos, multas, cláusulas penales o sanciones y mecanismos de subsanación a los incumplimientos, así como mecanismos de resolución de conflictos.
- o)** Los términos y las condiciones para la rescisión del contrato.
- p)** “Deberes y derechos de las partes a la terminación del contrato” (Mincomercio,2022)
- q)** “Las características de la capacitación y/o asistencia técnica, comercial y operativa del personal del franquiciado” (Mincomercio,2022).
- r)** Los derechos, bienes o servicios que se otorgan de marea completa para claridad entre las partes, a su vez los términos de cómo se realizaran estas acciones.
- s)** “Derechos y condiciones de transferencia de la franquicia” (Mincomercio,2022).
- t)** “Definición de formas para la resolución de conflictos” (Mincomercio,2022)
- u)** “Pactos de exclusividad, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del sistema de negocio objeto de franquicia” (Mincomercio,2022).
- v)** Garantías de cumplimiento tanto del franquiciante como del franquiciado.
- w)** Términos de confidencialidad.
- x)** Los otros términos anexos que las partes consideren ya sean de carácter técnico, legal u otro que se considere importante para que el cumplimiento del mismo sea eficiente y próspero para las partes involucradas.

Las cláusulas que conlleven a que el franquiciado no prospere en el tiempo serán nulas en todos sus efectos.

Artículo 8. Confidencialidad. El contrato de franquicia es en su esencia confidencial, por lo tanto, deberá ser tratado como tal, es deber del franquiciado mantener la confidencialidad del mismo, respecto de toda la información que le fue otorgada, la confidencialidad opera en la etapa precontractual, en la etapa contractual e incluso después de la terminación del contrato.

Artículo 9. Independencia. “El contrato de franquicia existe de manera independiente respecto de otros contratos mercantiles o civiles que puedan desarrollarlo o complementarlo, o con cualquier otro que no resulte incompatible con su naturaleza y propósito” (Mincomercio,2022).

Artículo 10. Responsabilidad de las partes. “Cada una de las partes responderán de forma individual e independiente por sus obligaciones comerciales, tributarias y laborales sin que pueda inferirse una solidaridad pasiva, salvo pacto en contrario. No debe existir ninguna clase de relación jerárquica entre el franquiciante y franquiciado” (Mincomercio,2022).

Artículo 11. Identificación de franquiciantes y franquiciados en el Registro Mercantil. Las personas naturales o jurídicas que desarrollen en Colombia la actividad de franquicia deberán registrarse e identificarse como franquiciante o franquiciado, según el caso, mediante registro mercantil en las cámaras de comercio respectivas. Como franquiciantes pueden registrarse únicamente las personas naturales residentes o jurídicas domiciliadas en Colombia y que tengan al menos una franquicia operando en el país. Las cámaras de comercio son las encargadas de brindar asesoría técnica y jurídica en la materia orientando instrucciones y definiendo criterios para los ajustes que se requieran en los formatos de registro, garantizando la identidad tanto del franquiciante como del franquiciador y los datos requeridos para futuras consultas que faciliten la transparencia en los negocios jurídicos.

Artículo 12. Transición. Cuando se trate de personas naturales o jurídicas que se encuentren desarrollando la actividad de franquicia, a la vigencia de la presente Ley, deberán cumplir con la obligación de identificarse como franquiciante o franquiciado, en el momento de realizar la respectiva renovación.

Artículo 13. Parámetros especiales del contrato franquicia:

Parágrafo 1. El contrato debe estar basado en la buena fe y en la consecución de un proyecto que permita a ambas partes del contrato avanzar en la consecución natural del negocio y el contrato, por lo tanto, está prohibido imponer cláusulas abusivas que beneficien solo al franquiciante:

- Se debe entregar todo el know how a el franquiciado para que el negocio dentro de los parámetros normales funcione y perdure en el tiempo.
- Se debe exponer de manera clara y efectiva la naturaleza del negocio, con sus beneficios y dificultades para que el franquiciado tome una decisión consciente y justa de si decide adquirir la franquicia (condiciones técnicas, financieras, de competencia y todas las que puedan afectar el negocio a representar).
- La capacitación técnica continua debe ser un pilar fundamental para el éxito del negocio, el franquiciante deberá dar un acompañamiento y capacitación integral para que el franquiciado pueda desarrollar la franquicia conforme a la naturaleza del negocio.
- El contrato debe estar claro y debe siempre estar alineado con las buenas prácticas comerciales y la buena fe, para que las partes puedan tomar una decisión consciente y bilateral, se prohíbe el contrato de adhesión de manera unilateral del franquiciante ya que su naturaleza es bilateral y se busca que haya un equilibrio en las cargas contractuales, el franquiciado tendrá derecho a modificar cláusulas que se consideren abusivas o a imponer derechos para protegerse, siempre y cuando no afecten a la otra parte denominada “franquiciante” ni a la buena fe de las cláusulas comerciales.”

- No se podrán imponer cláusulas por el franquiciante que afecten al franquiciado, se deben delinear bien las condiciones económicas, técnicas, de crecimiento y competencia en el sector para que el negocio tenga éxito y no se busque solo la expansión del franquiciante.
- Se prohíbe cualquier carga excesiva económica para el franquiciado.
- El franquiciante debe tener y entregar manuales de marca y todo lo referente a la propiedad industrial e intelectual que se necesite para desarrollar el negocio, a su vez debe capacitar continuamente al franquiciado, se debe determinar de manera completa y continúa dicha capacitación y supervisión, todo dependerá de la naturaleza del negocio.
- Se deben definir criterios de ubicación de la franquicia y parámetros de localización de la misma, esto con el fin de que los franquiciados puedan desarrollar el negocio y no compitan entre ellos mismos, el criterio podrá ser definido por el franquiciante siempre y cuando con datos verificables se demuestre que pueden coexistir varios franquiciados en un lugar o canal comercial, esto ajustado a las condiciones de cada mercado inherentes al desarrollo del negocio que se busca explotar.

Parágrafo 2. Protección especial al franquiciado: el franquiciado suscita ser la parte débil en la relación comercial, por las condiciones técnicas y económicas del contrato franquicia por lo tanto se prohíbe cualquier cláusula abusiva, ambigua o de naturaleza contraria a las buenas costumbres comerciales que imponga el franquiciante, la naturaleza del contrato es meramente bilateral lo que presupone que ambas partes se benefician, por lo tanto, si se presenta alguna cláusula de este tipo, el contrato se rescindirá a favor del franquiciado dando seguridad jurídica y equilibrio de cargas contractuales.

Artículo 14. causales de terminación.

- a) Expiración o termino de duración del contrato definido por las partes involucradas (si la voluntad de las partes es continuar se podrá renovar).
- b) Si alguna de las partes lo decide, con un término de 3 meses de anticipación, este preaviso se debe dar por escrito a la otra parte.
- c) Incumplimiento de las partes en las obligaciones del artículo 4 y 5 de la presente ley, siempre y cuando se le dé prioridad a la terminación y no a sanciones, según lo estipule el contrato.
- d) Disolución y liquidación de la sociedad contractual (franquiciante-franquiciado).
- e) Cláusulas abusivas o de adhesión por parte del franquiciante.

Artículo 15. Etapa post-contractual (obligaciones y efectos posteriores a la terminación). Cuando la franquicia se liquide y disuelva o se termine por alguna de las causales de terminación el franquiciado tiene la obligación de cumplir los siguientes lineamientos:

- a) se extinguen todos los derechos adquiridos por el franquiciado referente al uso y explotación de la propiedad intelectual de la marca franquiciante, el know how y demás derechos derivados del uso de marca, cualquier uso posterior que el franquiciado haga de dicha marca será una infracción y dará lugar a sanciones amparadas por la ley en toda su dimensión.
- b) El franquiciado deberá vender los inventarios que tenga en su haber o posea al precio que los ha adquirido posteriormente, es decir al precio que fueron comprados con anterioridad al franquiciante, si hay dudas en el precio este se determinara con la factura de venta inicial, si persiste la duda un perito deberá entrar a determinar la cantidad exacta que se debe pagar por los inventarios.
- c) Nace una obligación post-contractual al franquiciado, ya que este

deberá entregar al franquiciante toda la información adquirida de la marca, esto incluye manuales de marca, de operación, documentos confidenciales y demás recursos que han sido entregados al adquirir la franquicia.

- d) El franquiciado no podrá repicar el negocio aprendido posteriormente a la terminación de la alianza comercial llamada franquicia, ya sea un negocio igual o equivalente, mucho menos utilizar la información, logos, proceso y demás parámetros de cualquier tipo entregados por el franquiciante cuando se adquirió su marca.

Artículo 16. Vigilancia y control. La entidad encargada de la inspección, vigilancia y control será Ministerio de Comercio Industria y Turismo, soportado en las cámaras de comercio del territorio nacional y quienes establecerán regularán e impondrán las sanciones para los casos de incumplimientos.

Artículo 17. Sanciones. Las partes podrán acordar multas por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente ley sin perjuicio de las cláusulas adicionales que puedan fijarse en ejercicio de la autonomía de las partes siempre y cuando no se vulneren derechos constitucionales, ni el espíritu de la presente norma. El incumplimiento de las disposiciones aquí reglamentadas acarreará sanciones que serán establecidas por la superintendencia de Industria y comercio.

Artículo 18. Vigencia. “La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación”

7. CONCLUSIONES

Se analizó el modelo contractual denominado Franquicia en España, Estados Unidos y Colombia, encontrando como resultado común que, si bien este tipo de contrato es usado por los empresarios para expandir sus negocios, falta determinar una legislación clara que abarque dicho concepto y se reglamente de manera integral, ya que a la fecha está enmarcado en los contratos atípicos, al no estar regulado se evidencia que se puede avanzar en este tema para mejorar y perfeccionar la manera de como los comerciantes desarrollan este modelo de negocio, por lo tanto es de suma importancia evaluar una ley clara y efectiva que determine lineamientos que permitan que la franquicia evolucione y ayude a que se protejan derechos económicos y comerciales de los contratantes para así mejorar un modelo comercial que es exitoso y que genera desarrollo.

Se indagó sobre su historia y como inicio dicho modelo contractual bajo un enfoque histórico normativo, evidenciando una clara evolución hacia la formalización de este. Se logró establecer cuál ha sido la comprensión del contrato típico y atípico para la legislación colombiana, y el esfuerzo que se ha tenido para la regulación de las relaciones contractuales de esta índole.

La constitución política de 1991 en su artículo 151 establece que solo el congreso colombiano puede expedir leyes en materia de intervención económica motivando sus fines y alcances, así mismo el artículo 333 de la carta magna indica que la actividad económica en Colombia es una actividad libre. Lo anterior refleja que el procedimiento adecuado para dar vida legal al contrato de franquicia es el de un proyecto de ley en el congreso y con mayor razón cuando estamos hablando de un derecho regulado por el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas u otras formas de propiedad intelectual que le es inherente a la franquicia puesto que un

elemento fundamental de este modelo de contrato son las licencias de marca, nombre y enseña comercial.

Para que se determine una legislación verdadera y que se regule la franquicia en Colombia debe haber una intervención legislativa, la cual en todo caso puede limitar las libertades de negociación y configuración del contrato de franquicia, sentencia C-029 de 2022 y es que Según la Corte la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada son garantías que gozan de una amplia protección en el ordenamiento constitucional y legal vigente, sin embargo, en atención a la naturaleza social del Estado de derecho y de la economía de mercado adoptados en la Carta Política de 1991, esas garantías pueden ser objeto de restricciones para conseguir finalidades constitucionalmente legítimas, entre ellas evitar el abuso de posiciones dominantes en el mercado, proteger el bienestar público o salvaguardar derechos fundamentales.

Finalmente se creó un texto denominado “**Proyecto Ley Franquicia**” en el cual se establecen preceptos y reglas equitativas para la relación comercial de las partes y a su vez para la creación de un contrato claro y equilibrado en donde las partes contratantes tengan derechos y deberes claros que ayuden a mejorar su relación comercial, el crecimiento continuo de ambas partes y así de la mano con un mismo norte en donde haya un equilibrio contractual en donde los contratos de franquicia se elaboren con reglas determinadas que permitan dar un buen uso de este contrato y se protejan las partes para que así se formalice una legislación eficiente y acorde con el desarrollo del modelo, todo esto en virtud de regular el contrato denominado franquicia y avanzar en la consecución de los objetivos económicos y comerciales de las partes, esto enmarcado En el principio comercial de la buena fe y las costumbres comerciales que son un pilar fundamental en las relaciones contractuales de comercio y en la legislación de Colombia y el mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Alba Aldabe, M. C. (2005). Franquicias una perspectiva mundial. Fondo Editorial FCA. https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=2vlilUI_i6EC&oi=fnd&pg=PA1&dq=historia+de+franquicia&ots=v7TxD0MLUL&sig=qJ1SclqvDYToUPimKTECFZ5f_Fc#v=onepage&q=historia%20de%20franquicia&f=false

Angulo Rodríguez, L. (2009). Colaboradores del empresario y otros contratos de colaboración, en G.J. Jiménez Sánchez (coord.), Derecho mercantil 2, 13ª ed., Barcelona: Ariel.

Botero Campo, J. C. (2020). El contrato de franquicia y su regulación. (1ra ed.). Legis.

Burgos Pavón, G. & Fernández Iglesias, M. S. (2014). La franquicia: tratado práctico y jurídico. (2a. ed.). Difusora Larousse - Ediciones Pirámide. <https://elibro.net/es/ereader/usta/114718?page=170> Burgos Pavón, G., Garbayo Blanch, J. P. & Alonso Prieto, M. (Coords.). (2018).

Burgos Pavon, M.S. y Fernández Iglesias, G. (2010). La Franquicia. Tratado práctico y jurídico, Madrid: Ediciones Pirámide.

CAVES, R. Y W. Murphy (1979). "Franchising: firms, markets and Intangible Assets", Southern Economics Journal 42: 572 –586. Citado en: PIERRE SIGUÉ, Simon. REBOLLEDO, Claudia. Op. Cit., pag. 20.

Código de ética para las franquicias en Colombia. (2012). Docplayer. <https://docplayer.es/4912942-Codigo-de-etica-para-las-franquicias-en-colombia.html>

Código de Comercio (2021). Decreto 410 de 1971. (10a ed.). 16 de junio de 1971.

Código franquicia. Difusora Larousse - Ediciones Pirámide.
<https://elibro.net/es/ereader/usta/123053?page=1> Castellano Peñafiel L. (2006).

Comisión del Acuerdo de Cartagena (1991). “Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”. Decisión 291.

Comisión del Acuerdo de Cartagena.
<http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/Dec291s.asp> Constitución Política de Colombia [C.P.] (1991) (2da ed.). Legis. Ministerio de Educación Nacional [MEN] (2015).

Colombia, Código Civil, 1873. Legis. Ministerio de Educación Nacional [MEN] (2015).

Colombia, Código de Comercio, 1971. Legis. Ministerio de Educación Nacional [MEN] (2015).

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

Colombia, Decreto Reglamentario 2123 de 1.975. Congreso de la Republica.

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

Diario Oficial No. 33.339. Legis.

Díez de Castro E., Navarro García A. & Rondan Cataluña F.J. (2006). El sistema de franquicia. Una propuesta de un código de ética óptimo. [Trabajo de grado].

El contrato de franquicia en el comercio internacional. Foro Revista de Derecho, (5). UASB. <http://167.172.193.213/index.php/foro/article/view/307/306> Código Civil (2021).

El Contrato de Franquicia: «common law» vs «civil law». (s. f.). Lleytons - Derecho internacional privado en Valencia. Recuperado 10 de octubre de 2022, de <https://www.lleytons.com/conocimiento/el-contrato-de-franquicia-common-law-vs-civil-law/>

Farina, J. M. (1999). Contratos comerciales modernos. Astrea.

https://assets.ctfassets.net/n1ptkpqt763u/6Kkz3NTQKI1vM9QdnIH2Hs/bc6f67b0ffc6bf1aeb1ad52eb80debc05/F_-_Contratos_de_riesgo_compartido_y_franquicias.pdf

<https://www.camaramedellin.com.co/costumbre-mercantil>

<https://www.ccb.org.co/servicios-registrales/servicios-complementarios/listado-de-costumbres-mercantiles>

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-975-02.htm>

<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-029-22.htm>

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-188-22.htm>

<https://www.dane.gov.co/>

<https://forbes.co/>

<https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2021%20-%202022/PL%20247-21%20Franquicia.pdf>

<https://www.mincit.gov.co/normatividad/proyectos-de-normatividad/proyectos-de-decreto-2021/29-07-21-pd-franquicias.aspx>

<https://www.mincit.gov.co/normatividad/proyectos-de-normatividad/proyectos-de-decreto-2021/29-07-21-pd-franquicias.aspx>

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2069_2020.html

Ley 84 de 1873 (12a ed.). 31 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867. Legis.

PERSPECTIVA GLOBAL DE LAS FRANQUICIAS EN EL DERECHO COMPARADO. (s. f.). <http://catarina.udlap.mx/>. Recuperado 10 de octubre de 2022, de http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/de_l_a/capitulo5.pdf

Restrepo Navarro Mauricio Javier y Serrano Miranda Víctor Hugo (2022). "EL CONTRATO DE FRANQUICIA: LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE UNA REALIDAD ECONÓMICA".