

INSEGURIDAD JURIDICA DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA

MONICA VIVIANA ENRIQUEZ TREJO

MARTHA ESTHER MOSQUERA MOSQUERA

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI, JULIO 2019

INSEGURIDAD JURIDICA DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA

MONICA VIVIANA ENRIQUEZ TREJO

MARTHA ESTHER MOSQUERA MOSQUERA

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar el título de abogadas

DIRECTOR

DOCTOR, EDUARDO SOLARTE

ABOGADO

ESPECIALISTA EN DERECHO EMPRESARIAL Y COMERCIAL

CONCILIADOR

UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI, JULIO 2019

Tabla de Contenido

CAPITULO I	21
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	21
1.1 DESCRIPION DEL PROBLEMA	21
1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA	22
OBJETIVOS	22
1.3 OBJETIVO GENERAL.....	22
1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	22
2. ASPECTOS METODOLOGICOS	23
2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN	23
2.2 METODO DE INVESTIGACIÓN	23
2.2.1 ANALITICO Y SINTESIS.....	23
2.2.2 OBSERVACIÓN.....	23
3. CONTRATOS DE FRANQUICIA	24
3.1 CLASES DE FRANQUICIA	24
3.1.1 Primera Clasificación	25
3.1.2 Segunda Clasificación	25
3.1.3 Tercera Clasificación	26
3.1.4 Otras Franquicias:.....	28
4 Franquicias existentes en Colombia	31
4.1 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA	32
4.1.1 SUJETOS NEGOCIALES.....	32
4.1.2 FORMATO DE CONTRATO DE FRANQUICIA	33
4.2 CONTENIDO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	37
4.1.3 Título del contrato	37
4.1.4 Preámbulo	38
4.1.5 Concesión de la franquicia.....	38
4.1.6 Obligaciones del Franquiciado y Franquiciante	39
4.1.7 Duración, renovación y término del contrato	39
4.1.8 Firma de Contrayentes.	40

4.3 AUTONOMIA Y VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	40
4.4 LEYES Y NORMAS QUE REGULAN EN COLOMBIA LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.....	42
Código Civil Colombiano.	42
4.5 SIMILITUD CON OTROS CONTRATOS	44
4.4.1 Contrato de Distribución.....	44
4.4.2 Contrato de Licencia Comercial:.....	45
4.4.3 Contrato de Concesión:.....	46
4.4.4 Contrato de Agencia Comercial:	46
CAPITULO II.....	48
5. PROYECCION DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN EL MERCADO NACIONAL.....	48
5.1 EL CRECIENTE MERCADO DE RANQUICIAS EN COLOMBIA	48
5. 2 SUBFRANQUICIADORES	51
5.3 MASTER FRANQUICIA.....	54
5.4 ANALISIS UNIVERSAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES CON RELACION A LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA.....	55
CAPITULO III	57
6. ANÁLISIS DEL CÓDIGO ÉTICO APLICADO A LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA Y LA LIMITACIÓN DE AUTONOMÍA DE VOLUNTADES	57
6.1 La inseguridad jurídica del contrato de franquicia en Colombia.....	57
CAPITULO IV	61
7. IMPACTO JURIDICO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.	61
7.1 DESARROLLO SECTOR ECONOMICO DE LAS PYMES A TRAVES DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.	61
7.2 GENERACION DE EMPLEO EN COLOMBIA POR LA CRECIENTE IMPLEMENTACION DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA	63
7.3 RIESGOS SOCIALES Y ECONOMICOS DE LA APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA.	64
Ventajas.....	65

Desventajas:	66
7.4 Las falsas franquicias	68
7.4.1 Las falsas buenas franquicias	68
7.4.2 Franquicias en sectores de actividad de alto riesgo.....	69
7.4.3 Franquicias muy caras.....	69
7.4.4 Las franquicias con malos contratos	70
8. CONCLUSIONES	71
Referencias.....	73

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Tipos de franquicia. Tomado de (Díez de Castro & Galán Gonzáles, 1998)	
1 1Tipos de Franquicia, Tomado de (Diez de Castro & Galán Gonzáles, 1998)	25

LISTA DE TABLAS

Cuadro No 1 Fuente: Colfranquicias y Tabla 1 Fuente: Colfranquicias y franquicias consultadas por la revista Dinero franquiciantes consultados por la revista Dinero.....	32
Tabla 2 Fuente revista Forbes, consultado por revista Dinero	54
Tabla 3 Ventajas franquiciado y franquiciante Fuente Farina, & Juan M (1994).....	66
Tabla 4 Desventajas franquiciado y franquiciante, Fuente Farina, & Juan M (1994)	67

APENDICE

Para el desarrollo del presente trabajo de grado, se consultaron diferentes laudos arbitrales, proferidos por tribunales de la Cámara de Comercio de Bogotá y de Santiago de Cali, para dirimir controversias surgidas en diferentes contratos de Franquicia celebrados en el territorio nacional, los cuales nos permitieron evidenciar , que es un instrumento válido y efectivo, para dar solución a las controversias y que las partes tenga la seguridad que su buena fe, no se verá vulnerada con normas extranjeras, proferidas en sentencias por jueces de otro país, donde si existe regulación sobre el tema de los contratos de franquicia.

Cada vez más las partes de un contrato de franquicia acuden a los tribunales de arbitramento para resolver sus controversias, en razón que estos se convierten en la mejor alternativa para dirimir sus conflictos y que no se vean afectados, los componentes esenciales de este tipo de contrato atípico y que por su falta de seguridad jurídica en nuestro territorio, ya que no se tiene unas normas estipuladas que lo regulen, el proceso que se establece en los tribunales de arbitramento se convierte en una gran alternativa segura y rápida para solucionar la situación de alteración de lo establecido en las cláusulas mínimas y especiales del contrato. Y así se evita que se tenga que acudir a leyes internacionales. (Laudo Arbitral Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. – PANACA contra Parque Agropecuario de la Sabana S.A. 2009).

RESUMEN Y PALABRAS CLAVES

CONTRATOS ATÍPICO:

Los contratos atípicos son aquellos en que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, regulan de forma novedosa y desconocida por el ordenamiento jurídico, sus relaciones jurídicas, no ciñéndose, por tanto, a ningún modelo de contrato preestablecido.

CONTRATO:

el contrato como aquel negocio jurídico donde las declaraciones de voluntad libremente emitidas por las partes buscan la producción de un efecto jurídico, normalmente patrimonial, reconocido por el Derecho; su principal finalidad es la constitución de un vínculo obligacional derivado de la propia voluntad de las partes (véase "Contrato") y, de hecho, se dice que el contrato es fuente de obligaciones, porque lo pactado entre las partes por medio de contrato obliga a éstas a su exacto cumplimiento como si de Ley se tratase

FRANQUICIA

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, así como los métodos, procedimientos y tecnología a cambio de pagos periódicos.

REGULACION JURIDICA

Es el establecimiento de normas, reglas o leyes dentro de un determinado ámbito. El objetivo de este procedimiento es mantener un orden, llevar un control y garantizar los derechos de todos los integrantes de una comunidad.

FRANQUICIANTE

Es quien autoriza a producir, comercializar o distribuir un bien o servicio a otra llamada FRANQUICIADO haciendo uso de su marca, transfiriendo conocimiento sobre el negocio durante un tiempo y en un territorio determinado, a cambio de pagos periódicos.

FRANQUICIADO

Son aquellos que adquieren o compran la idea del negocio inicial.

NORMAS JURIDICAS

Regla de conducta dictada por un poder legítimo para regular la conducta humana. La norma prescribe, prohíbe, autoriza o permite determinada conducta individual o social.

CODIGO

Conjunto ordenado de leyes.

MARCA

Derecho exclusivo a la utilización de una palabra, frase, imagen o símbolo para identificar un bien o servicio.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Es la denominación que recibe la protección legal sobre toda creación del talento o del ingenio humano, dentro del ámbito científico, literario, artístico, industrial o comercial.

DESARROLLO EMPRESARIAL

Es un proceso por medio del cual el empresario y su personal adquieren o fortalecen habilidades y destrezas, por el cual favorecen el manejo eficiente y fuerte de los recursos de su empresa, la innovación de productos y procesos, de tal manera, que coadyuve al crecimiento sostenible de la empresa.

SEGURIDAD JURIDICA

Se refiere a la certeza que tienen los gobernados, es decir, los individuos, de que su persona, su familia, sus pertenencias y derechos estén protegidos por las diferentes leyes y sus autoridades, y en caso de que se tenga que llevar a cabo un procedimiento legal, éste sea realizado según lo establecido en el marco jurídico.

Es decir, la seguridad jurídica es el conocimiento y la certeza que tienen los gobernados de qué es lo que se estipula en la ley como permitido o prohibido y, cuáles son los procedimientos que se deben llevar a cabo en cada caso, según lo establecido en la constitución y demás reglamentos que conforman el marco legal de un país.

La seguridad jurídica también se refiere a la certeza de derecho, es decir, la previsibilidad que poseen los individuos al conocer y entender cuáles son las normas a aplicar y las consecuencias jurídicas de sus acciones o de las acciones sobre su persona, pertenencias o derechos.

Términos soportados en Diccionario Jurídico, consultado en línea,
<http://www.diccionariojuridico.mx/>, Consultado el 12 de Octubre de 2018.

SUMMARY AND KEY WORDS

ATYPICAL CONTRACTS:

Atypical contracts are those in which the parties, in use of the autonomy of the will, regulate in a novel and unknown way by the legal system, their legal relations, not therefore, adhering to any pre-established contract model.

CONTRACT:

the contract as that legal business where declarations of will freely issue by the parties seek the production of a legal effect, usually patrimonial, recognized by law; Its main purpose is the constitution of an obligatory bond derived from the parties' own will (see "Contract") and, in fact, it is said that the contract is a source of obligations, because what is agreed between the parties by means of a binding contract to these to its exact fulfillment as if it were a Law

FRANCHISE

Franchising is a type of contract used in commerce through which a party called a franchisor assigns to another franchisee a license for a commercial exploitation, as well as methods, procedures and technology in exchange for periodic payments.

LEGAL REGULATION

It is the establishment of norms, rules or laws within a certain scope. The purpose of this procedure is to maintain an order, keep track and guarantee the rights of all members of a community.

FRANCHISING

He is the one who authorizes to produce, commercialize or distribute a good or service to another call FRANCHISED making use of his mark, transferring knowledge about the business during a time and in a determined territory, in exchange for periodic payments.

FRANCHISEE

They are those who acquire or buy the idea of the initial business.

LEGAL RULES

Rule of conduct dictated by a legitimate power to regulate human behavior. The rule prescribes, prohibits, authorizes or permits certain individual or social conduct.

CODE

Orderly set of laws.

BRAND

Exclusive right to use a word, phrase, image or symbol to identify a good or service.

INTELLECTUAL PROPERTY

It is the denomination that receives legal protection over all creation of talent or human ingenuity, within the scientific, literary, artistic, industrial or commercial field.

BUSINESS DEVELOPMENT

It is a process through which the entrepreneur and his staff acquire or strengthen skills and abilities, by which they favor the efficient and strong management of the resources of his company, the innovation of products and processes, in such a way, that contribute to the company's sustainable growth.

LEGAL SECURITY

It refers to the certainty that the governed have, that is, the individuals, that their person, their family, their belongings and rights are protected by the different laws and their authorities, and in the event that a legal procedure, this is carried out as established in the legal framework.

That is, legal certainty is the knowledge and certainty that the governed have of what is stipulated in the law as permitted or prohibited and, what are the procedures that must be carried out in each case, as established in the constitution and other regulations that make up the legal framework of a country.

Legal certainty also refers to the certainty of law, that is, the predictability that individuals possess when they know and understand what the rules are to be applied and the legal consequences of their actions or of the actions on their person, belongings or rights.

Terms supported in the Legal Dictionary, accessed online,
<http://www.dictionarijuristicomx/>, accessed October 12, 2018.

RESUMEN

El mundo del comercio, está influenciado por la globalización desde hace más de cuatro décadas. Lo cual ha llevado a las empresas y empresarios alrededor del mundo a buscar nuevas formas de crecimiento y expansión; especialmente aquellas empresas con un éxito notorio, las cuales han sido capaces de crear un método y proceso que les permita implementar un cómo hacerlo “KNOW HOW”, y que a su vez tienen la capacidad de transmitirlo a otros inversionistas.

Es de ese fortalecimiento del saber hacer y un aprovechamiento de la marca que da origen en Europa y Estados Unidos, un tipo de contrato denominado contrato de Franquicia, contrato del cual se ocupa el presente trabajo de grado, y en especial la falta de juridicidad autónoma que en nuestro país Colombia se presenta.

Pero desde tiempos del emperador Justiniano, quien reconoce los contratos innominados, los cuales podían ser un dar o un simple hace.

Si bien es cierto, que el contrato de franquicia no es otra cosa que organizar jurídicamente, el negocio de la franquicia, pero por su carácter de atípico, denominado así dentro del contexto de los contratos de la actividad empresarial.

Los contratos atípicos en la actualidad, se enmarcan dentro de los contratos del derecho internacional privado, los cuales buscan en esencia fortalecer el libre comercio, pero estos contratos como el de franquicia, se construyen con cláusulas que provienen más de la costumbre de los comerciantes y no están tratados por la ley.

Es así como notamos, que, en Colombia, a pesar del a creciente aumento y auge de las franquicias, por los diferentes tratados de libre comercio suscritos y ratificados por Colombia, en nuestro país, aun no se ha legislado sobre este tipo de contrato, y toda situación que deba ser dirimida por las partes, deberán hacerlo recurriendo a normas establecidas para otros contratos, sobre los cuales el legislador se ha pronunciado. (Conceptos apoyado en teorías expuesta por (Arenilla, 2015). En

Europa y Estados Unidos, la normatividad del contrato de franquicia, no solo se queda en la voluntad o costumbre comercial de las partes que en el interviene, en un código deontológico o en el principio de la buena fe, sino que trasciende y existe una ley que los regula de manera más expresa.

Los que podemos evidenciar, es que en Colombia se hace necesario, que el legislador, emita leyes que regulen el contrato de franquicia, para proteger a todos esos pequeños empresarios y emprendedores, que cada vez más, invierten sus recursos económicos en franquicias internacionales y nacionales.

Podemos concluir, que el contrato de franquicia, por no estar descrito en un tipo legal, no está especialmente regulado por el ordenamiento. De tal manera se hace indispensable su regulación para evitar confrontaciones contractuales, entre el deber ser o no de esta figura de la franquicia en Colombia.

ABSTRACT

The world of commerce has been influenced by globalization for more than 4 decades. Which has led companies and entrepreneurs around the world to seek new forms of growth and expansion; especially those companies with a notable success, which have been able to create a method and process that allows them to implement a "KNOW HOW", and which in turn can transmit it to other investors.

It is from this strengthening of the know-how and a use of the brand that originates in Europe and the United States, a type of contract called a Franchise contract, a contract that deals with this degree work, and especially the lack of autonomous legal that in our country Colombia is presented.

But since the time of Emperor Justinian, who recognizes the unnamed contracts, which could be a give or a simple act.

While it is true, that the franchise contract is nothing other than to organize legally, the franchise business, but because of its atypical nature, named in the context of business activity contracts.

Atypical contracts are currently framed within the contracts of private international law, which essentially seek to strengthen free trade, but these contracts, such as franchise, are built with clauses that come more than the custom of merchants and They are not treated by law.

This is how we note that, in Colombia, despite the increase and rise of franchises, by the different free trade agreements signed and ratified by Colombia, in our country, it has not yet been legislated on this type of contract, and any situation that must be resolved by the parties, must do so by resorting to rules established for other contracts, on which the legislator has ruled. (Concepts supported by theories set forth by (Arenilla, 2015). In Europe and the United States, the norm of the franchise agreement, not only remains in the commercial will or custom of the parties involved, in a code of ethics or in the principle of good faith, but it transcends and there is a law that regulates them more expressly. What we can show is that in Colombia it is necessary for the legislator to issue laws that regulate the franchise agreement, to protect all those small entrepreneurs and entrepreneurs, who

increasingly invest their economic resources in international and national franchises. We can conclude that the franchise agreement, because it is not described in a legal type, is not specially regulated by the system. In this way its regulation is essential to avoid contractual confrontations, whether or not to be part of this figure of the franchise in Colombia.

INTRODUCCION

El presente trabajo de grado se pretende hacer visible la falta de seguridad jurídica de los contratos de franquicia en Colombia, debido especialmente a que estos contratos en su gran mayoría son considerados como contratos del derecho internacional privado, porque en más de un 45 % de ellos en Colombia, son suscritos entre franquiciados empresarios o emprendedores colombianos y empresas franquiciantes extranjeros, que determinan que las controversias surgidas entre las partes, se deberán dirimir bajo las leyes del país de origen de la marca franquiciante.

Los conceptos que aquí expones están cimentados en conceptos proferidos por diferentes doctrinantes, conceptos de COLFRANQUICIA, el código deontológico de franquicia colombiano y entrevistas que le han realizado a diferentes franquiciados, que sostienen la necesidad que el contrato de franquicia sea regulado por normas estipulada que lo regulen.

El auge del modelo comercial de la franquicia en el territorio colombiano, está en crecimiento, en razón de la multiplicidad de los tratados de libre comercio, convenios comerciales, unido a una estabilidad de la economía colombiana, hace atractivo este mercado para la instalación de muchas empresas franquiciantes, esta situación ha hecho que surjan diversos contratos atípicos, como es el caso del contrato de franquicia, el cual se establece como una de las formas de contratación nacional, siendo la más relevante hasta el momento en el ámbito internacional.

Consideramos, que la situación creciente de la celebración de contratos de franquicia en Colombia se hace indispensable que el legislador se pronuncie en la regulación de este tipo de contrato, haciendo esta práctica en algo seguro, para los nacionales, y que no quede supeditado este tipo de contrato, por su atipicidad, sujeto solo a un código de ética, al principio de la buena fe entre las partes de este tipo de contrato.

En Colombia el código de ética aplicado a los contratos de franquicia, está basado en el código deontológico de la franquicia europeo, el código civil en su art. 1603 y el código de comercio en sus art. 863, 871 de Colombia, establece que, bajo el principio de la buena fe en los contratos, obligan a su cumplimiento por las partes, tanto de lo que se expresa en el cómo de las cosas que emanen de él.

Por ello, es necesario que este contrato tenga su propia regulación, y no quede solamente aplicando normas específicas de otros contratos, cuando se presentes conflictos entre las partes, ya que en sus cláusulas puede presentarse un abuso del derecho o abuso de la posición dominante por parte del franquiciante, que pueden ser una situación desfavorable para el franquiciado.

Ciertamente, el contrato de franquicia, tiene ventajas claras, ya que se garantiza que el tipo de negocio está probado y es exitoso en el desarrollo del negocio, en razón que lo que se otorga es un know how y el uso de una marca conocida y exitosa, pero todas esas ventajas contrastan con esa escasa y en ciertos aspectos ausentes de regulación específica a nivel nacional e internacional.

Ciertamente, existe un mediano intento de regular los aspectos fundamentales del contrato de franquicia, pero esto no es suficiente, pues deja demasiados vacíos jurídicos, que generando inseguridad jurídica de este tipo contrato

Buscaremos debelar esos vacíos jurídicos, que han llevado en muchas ocasiones al franquiciado a no saber quién es el juez competente para dirimir los conflictos que se presentan, como también que jurisdicción es la competente ante la cual se debe acudir, creando la incertidumbre si es siempre en la jurisdicción nacional, o cuando es una franquicia internacional la jurisdicción es el país de origen de la franquicia.

Sentimos la necesidad que exista una regulación jurídica específica para los contratos de franquicia que surja directamente del legislador en Colombia.

Haciendo evidente los vacíos jurídicos que se encuentran en los contratos de franquicia, se realizó un análisis; de dónde procede los contratos de franquicias y se encuentra una similitud con contratos que están debidamente regulados tales como:

Contrato de distribución, contratos de compra y venta, y contrato de licencia comercial, entre otros; de los cuales se puede deducir que la forma de dirimir los conflictos es completamente distinta.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPION DEL PROBLEMA

Históricamente en Colombia, el contrato de Franquicia su regulación se ha basado en una acción autorregulada por medio de un código de ética, por normas de estandarización Nacionales e internacionales (NTC, ISO)

La reforma tributaria del año 2016, estableció una serie de normas, que afectaron en gran medida la situación tributaria de las Franquicias en Colombia, creando así un alto grado de incertidumbre para los empresarios que bajo la figura del contrato de franquicia han desarrollado procesos empresariales.

Como bien es conocido en Colombia no existe una relación jurídica de los contratos de Francia, sino que estos se autorregulan, casi que con normas consuetudinarias y de costumbres comerciales, generando vacíos jurídicos de este tipo de contrato, que por demás es considerado un contrato atípico.

En Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en el año 2017 a través de un concepto solicitado por la Universidad Nacional de Colombia, se pronunció sobre el contrato de Franquicia, en el cual nos dice los siguiente **“Dice que el contrato de licencia de la marca solo puede celebrarse a través del titular efectivo, es decir, la persona natural o jurídica que esta entidad determine”**

Cuando se establece un contrato de Franquicia, entre franquiciante y franquiciado, el elemento fundamental que se trasfiere es la Marca, porque es ahí donde se radica la esencia del saber hacer o Know how, puesto que el franquiciado espera recibir ese “saber hacer” que le respalde y de garantía de que el negocio prosperará a beneficio mutuo.

1.2 FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Por qué es insuficiente el sistema de autorregulación a través de normas éticas y de estandarización para la seguridad jurídica de los contratos de franquicia en Colombia?

OBJETIVOS

1.3 OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis a los contratos de franquicia donde se pueda evidenciar la inseguridad jurídica de los mismos en Colombia.

1.4 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Identificar las limitaciones jurídicas que tiene el contrato de franquicia en Colombia, al ser firmado por quienes no son los titulares de la marca.
- Establecer que las normas éticas que rigen los contratos de franquicia no brindan una seguridad jurídica al franquiciado y al franquiciante, y que no solo establecen un compromiso de comportamiento moral.
- Identificar las normas jurídicas que deben regular los contratos de franquicia en Colombia.

2. ASPECTOS METODOLOGICOS

2.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación es de tipo descriptivo, puesto que se describirá la inseguridad jurídica que presentan los contratos de franquicia, en Colombia al ser firmados por dos partes, donde una es el franquiciado y la otra es el franquiciante y estas están sujetas a un código deontológico que es el que se rige en estas; dejando de lado la rigurosidad jurídica que se debe manejar por ser un contrato con toda su formalidad.

2.2 METODO DE INVESTIGACIÓN

2.2.1 ANALITICO Y SINTESIS

Habiendo hecho la distinción de los elementos de un contrato y la normatividad del mismo frente a los contratos de franquicia que son manejados por un código de ética, donde se hace evidente el vacío o inseguridad jurídica que poseen, por lo tanto, se analizara cada una de sus variantes y falencias que no proporcionen seguridad jurídica para ninguna de las partes.

2.2.2 OBSERVACIÓN

Se utilizará este método para poder ir adelantando bosquejos de la inseguridad jurídica que presentan los contratos de franquicia, para posteriormente poder

establecer la inseguridad jurídica como tal, tanto para la parte franquiciada como para el franquiciante.

3. CONTRATOS DE FRANQUICIA

3.1 CLASES DE FRANQUICIA

Para la creación empresarial en Colombia y a nivel mundial, se han determinado ciertos tipos de franquicia los cuales se va a describir a continuación:

Tomaremos como referencia la clasificación realizada por (Díez de Castro & Galán González, 1998) (**Figura 1**)

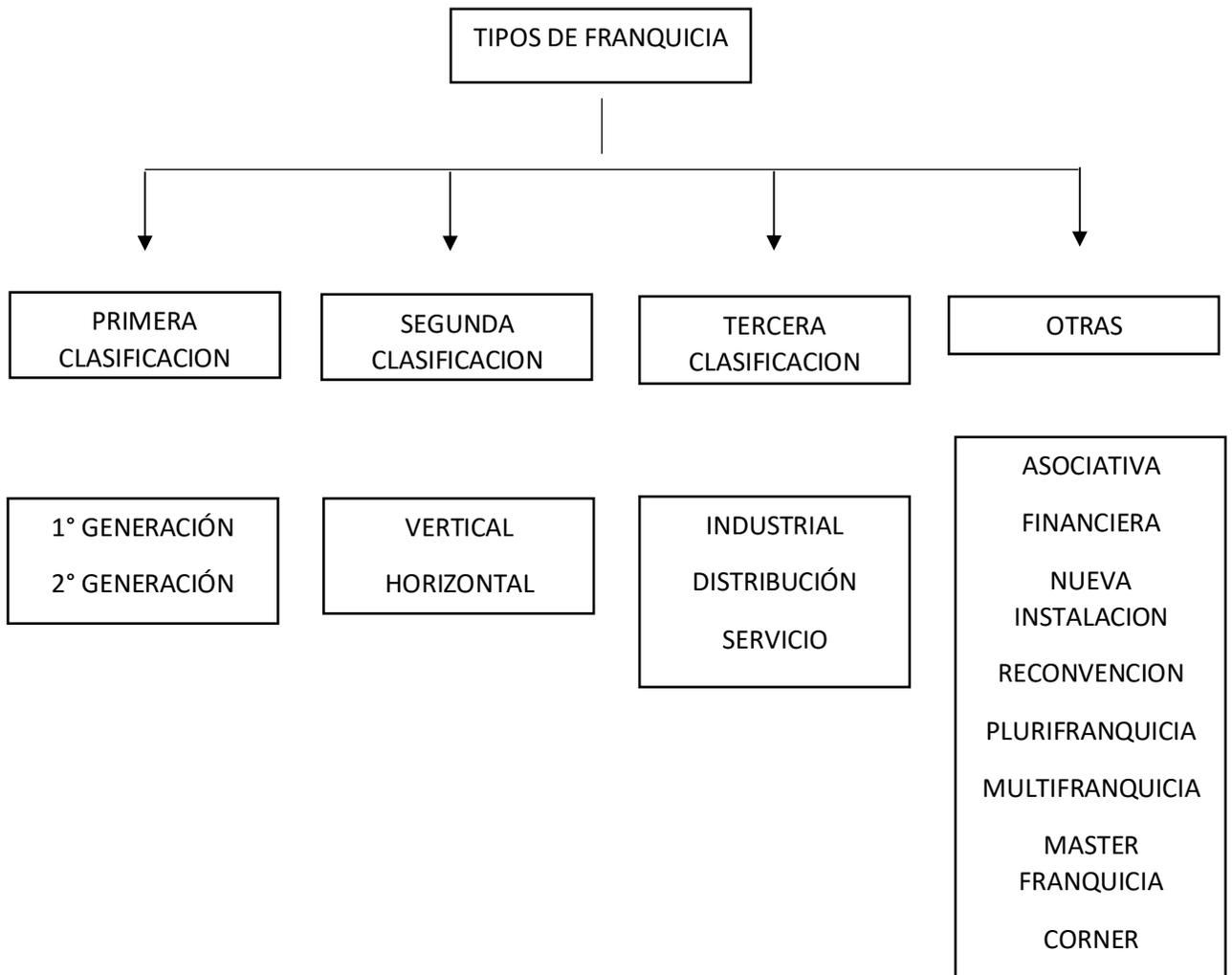


Figura 1. Tipos de franquicia. Tomado de (Díez de Castro & Galán Gonzáles, 1998)Figura 1 1Tipos de Franquicia, Tomado de (Diez de Castro & Galán Gonzáles, 1998

3.1.1 Primera Clasificación

Esta Clasificación está muy relacionada con el origen y desarrollo de la franquicia:

Primera Generación: Las franquicias de primera generación hacen referencia a las primeras franquicias que se pusieron en funcionamiento. Los elementos básicos que se franquiciaban eran marca y productos.

Segunda Generación: Las franquicias de segunda generación corresponden a una evolución y desarrollo de esta forma comercial.

3.1.2 Segunda Clasificación

Esta clasificación hace referencia a los niveles (fabricante, mayorista y , minorista) de un canal de distribución que se relacionan en la franquicia.

Franquicia Vertical: La franquicia vertical se produce entre integrantes de distintos niveles del canal de distribución.

- **Franquicia Integrada:** Una franquicia se denomina integrada cuando comprende la totalidad del canal de distribución con la excepción del consumidor.

- Franquicia Semi-integrada: La franquicia semi-integrada no abarca la totalidad del canal de distribución. (El franquiciador es fabricante y el franquiciado un mayorista) (El franquiciador es mayorista y el franquiciado un minorista)

Franquicia Horizontal: La franquicia horizontal se relaciona con integrantes del mismo nivel del canal de distribución.

- Franquicia de detallistas: Franquiciador y franquiciado son minoristas.
- Franquicia de fabricantes: Franquiciador y franquiciado son fabricantes.

3.1.3 Tercera Clasificación

Tiene fundamento en la actividad que va a realizar el franquiciado.

Franquicia industrial:

El franquiciador y franquiciado son fabricantes, en el caso de Colombia encontramos Pepsi- Cola.

Teniendo en cuenta también la territorialidad concedida para la venta y/o expendio.

Esta clasificación tiene una característica muy significativa para el manejo de la franquicia y la económica de la misma, la cual se direcciona hacia la productividad económica que genera el franquiciador fungiendo también de distribuidor.

Franquicia de distribución:

En esta clasificación vale denotar dos condiciones en las que se encuentra el franquiciador.

Franquiciador es fabricante y el franquiciado es detallista:

Se evidencia que el franquiciador, el dueño del saber hacer, es un fabricante y el franquiciado, al que se le otorga el manejo del saber hacer es un mayorista.

Un ejemplo claro en Colombia es, Levi's y las empresas de petróleos con los expendedores o comercializadores del combustible.

Franquiciador es mayorista y el franquiciado es minorista

El franquiciador es mayorista más no fabricante, y la condición del franquiciado cambia a minorista.

Como también tenemos dos categorías distintas de franquicia, que son de suma importancia traerlas a colación aquí.

Franquicia con central de compras

En esta categoría es válido resaltar el funcionamiento de la franquicia, debido a que, aquí, es donde el franquiciador tiene una central de compras en la cual se encarga de analizar, seleccionar y adquirir el material o producto que va a ser vendido en sus puntos de venta. (teniendo en cuenta el caso de que no sea fabrica propia)

Franquicia con central de homologación.

Es donde el franquiciador constituye una especie de libreta con los productos que pretende ofrecer y vender en sus puntos de venta.

Franquicias de Servicio:

(Díez de Castro & Galán Gonzáles, 1998) “Lo que se franquicia es un servicio, no un producto” básicamente lo que quieren decir los autores es que; el franquiciador tiene como aporte a la relación contractual del contrato de franquicia es el KNOW. HOW.

3.1.4 Otras Franquicias:

Por otro lado, el Sistema Norteamericano distingue diferentes clases de franquicia:

Franquicia de Espacio:

Es evidente cuando se habilita un espacio en un determinado local para vender productos de cierta marca.

Franquicia de Distribución

Esta la encontramos cuando el franquiciado posee suficiente libertad y mucho menos apoyo del franquiciador.

Franquicia Industrial

Es donde encontramos la transferencia del KNOW HOW, con el fin de realizar la producción del bien, pero se requiere de inversión del franquiciado.

Franquicia individual

Es la que se le otorga a una persona mediante contrato de franquicia, para que esta trabaje en un lugar establecido, siempre y cuando dependa de una franquicia maestra.

Franquicia Maestra:

Se da cuando un empresario compra una franquicia en un país y por ende adquiere el derecho de venderá a otros franquiciados, pero dentro de un territorio determinado, dependiendo las clausulas pactadas en el contrato.

Franquicia territorial

Se enfoca básicamente al aspecto de territorialidad, donde un franquiciado puede abrir uno o varios locales de la franquicia o en su defecto tener varios subfranquiciadores.

Franquicia por Conversión:

Se evidencia cuando hay un negocio donde se venden productos con similitud a los de la franquicia, este se transforma en un franquiciado.

4 Franquicias existentes en Colombia

Según lo anterior, ya se ha dado a conocer las distintas categorías y formas de las franquicias, por lo tanto, es procedente identificar las franquicias que existen en Colombia, y que aportan a la economía social y laboral del país.

FRANQUICIA	OBJETIVO
Servientrega/ Efecty	Es una compañía de envíos y logística, que cuenta con más de 5.000 franquicias en funcionalidad.
Jeno's Pizza	Marca destacada en la categoría de pizza en Colombia, con un total de 120 puntos de venta.
Totto	Es una marca de ropa, maleticas y accesorios que tiene presencia en más de 600 puntos en el mundo.
Subway	Una de las mayores franquicias de alimentos a nivel mundial, tiene expansiones acerca de 44.000 lugares.
Bodybrite	Servicio de estética facial y corporal, con 25 franquicias en operacionalidad.
Re/Max	Franquicia de negocios inmobiliarios con presencia en 5 continentes .En Colombia tiene presencia desde el 2010.
Pronto Wash	Franquicia dedicada al lavado de autos, es una marca de origen

	Argentino y se ha extendido a 39 países. En Colombia se estableció desde 2004.
Sándwich Qbano	Cadena de comidas rápidas con más de 100 puntos de venta en el país y 203 franquicias en operación.
La bodega BBC	Cervezas artesanales
Nativos	Segmento de bebidas funcionales con base de frutos exóticos es una empresa 100% de emprendimiento colombiano.
Mac Donald's	Una de las mayores franquicias de alimentos a nivel mundial, es una de las precursoras de las franquicias.

Cuadro No 1

Fuente: Colfranquicias y Tabla 1 Fuente: Colfranquicias y franquicias consultadas por la revista Dinero franquiciantes consultados por la revista Dinero.

4.1 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

Para poder hablar del contrato de franquicia debemos primero aclarar y contextualizar las partes intervinientes.

4.1.1 SUJETOS NEGOCIALES

- Franquiciante: Es el propietario del negocio, el dueño del Know How, la marca, la patente, del nombre y su sistema de ventas, el cual le autoriza a otra persona el uso e

implementación y también su exportación dado el caso, y según se pacte en el contrato.

- Franquiciado: Es quién lleva a su cargo una marca bajo contrato y previa autorización de manejo de la misma, con un único fin, la explotación y capitalización.

El franquiciado y franquiciante son sujetos del campo empresarial que pueden ser personas naturales o jurídicas, pero están en todas sus óptimas capacidades de derecho de ejercicio, es decir que puedan contraer derechos y obligaciones. Son personas autónomas, jurídicamente independientes, para crear una actividad comercial activa dentro de un territorio.

4.1.2 FORMATO DE CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia está básicamente constituido por una serie de cláusulas que al final se convierten en pactos que deben ser respetados por las partes, (franquiciante y franquiciado), Pero en ninguno de los casos vemos que sean construidas bajo un soporte jurídico que les de seguridad a los mismos.

FORMATO

Entre los suscritos, de una parte....., mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N°.....expedida en....., quien obra en nombre y representación de....., que en adelante se denominará EL FRANQUICIANTE, y por la otra,, también mayor y vecino de....., identificado con la cédula de ciudadanía N°....., expedida en....., quien obra en nombre y representación de.....y quien en adelante se

denominará EL FRANQUICIADO, hemos convenido celebrar el presente **CONTRATO DE FRANQUICIA**, conforme a las siguientes cláusulas:

PRIMERA: Objeto. EL FRANQUICIANTE, propietario de la marca....., registrada en la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el N°....., concede el uso de dicha marca y todo lo que esta involucra (nombre comercial, emblema, modelos, diseños y know how) para ser explotada por el FRANQUICIADO. El punto de venta estará ubicado en..... de la ciudad de.....

SEGUNDA: Derechos de entrada, uso de marca y producto. EL FRANQUICIANTE concede el uso de su marca y producto por la suma de (\$). Para la utilización de otras franquicias se firmarán nuevos contratos por los precios que llegaren a ser objeto de negociación.

TERCERA: Regalías. La utilización de la franquicia no generará cobro de regalías. En el evento de celebración de otro contrato de franquicia, no se cubrirán regalías.

CUARTA: Obligaciones del FRANQUICIANTE. 1. Incorporar nuevos productos y mejorar la calidad de los existentes. 2. Permitir el uso por parte del FRANQUICIADO de los derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como la marca, el emblema, patente y productos. 3. Colocar a disposición del FRANQUICIADO las mercancías o inventarios que componen su surtido, o, garantizar la puesta a disposición del mismo FRANQUICIADO de las mercancías cuando no sean fabricadas por EL FRANQUICIADOR. 4. Determinar las políticas y estrategias de mercadeo en cuanto a posicionamiento, variables del producto (marca, empaque, precio), variables de comunicación (publicidad, promociones), investigación de mercados y fondo de promociones y publicidad. 5. Otorgar formación, adiestramiento y asistencia técnica al FRANQUICIADO en los campos técnicos, comercial, financiero, contable, fiscal y de gestión en la iniciación de la franquicia y durante la explotación de las unidades de venta por EL FRANQUICIADO.

QUINTA: Obligaciones del FRANQUICIADO. 1. Comercializar los productos con las especificaciones impuestas por EL FRANQUICIANTE. 2. Comercializar los artículos producidos o designados por EL FRANQUICIANTE. 3. No explotar directa o indirectamente la franquicia por medio de establecimientos similares al de la franquicia. 4. Utilizar durante la vigencia del contrato el Know How y Licencia de Marca concedida por EL FRANQUICIANTE sólo para la explotación de las franquicias. 5. No Revelar el contenido del Know How suministrado por EL FRANQUICIANTE. 6 Contribuir mediante el cumplimiento de las directrices pactadas por EL FRANQUICIANTE, a la buena reputación y éxito de la cadena. 7. Asistir a cursos de preparación o actualización suministrados por EL FRANQUICIANTE. 8. Desplegar las actividades administrativas y operativas necesarias para el desarrollo y la explotación adecuada de cada una de las franquicias. 9 Informar al FRANQUICIANTE, sobre las mejoras en los procedimientos técnicos y comerciales empleados en la explotación de la franquicia. 10. Disponer de un inventario suficiente, en calidad y variedad para satisfacer las necesidades de la clientela. 11. Aplicar los precios de venta definidos por EL FRANQUICIANTE. 12. Utilizar los signos distintivos del FRANQUICIANTE, mantener una política publicitaria y promocionar adecuadamente y de acuerdo con las necesidades de la franquicia. 13. Respetar las normas de explotación y gestión pactadas, llevando adecuadamente la contabilidad y aceptando los controles del FRANQUICIANTE establecidos en el contrato. 14. Registrar cada uno de los establecimientos o puntos de venta en la Cámara de Comercio con la razón social. 15. El uso de la marca correrá por cuenta y riesgo del FRANQUICIADO, quien responderá por las infracciones civiles, policiales y administrativas en general e incluso con las multas derivadas de los mismos durante el término del presente contrato y hasta que cese el uso de la marca. El pago de impuestos, tasas, gravámenes, creados o a punto de crearse, derivados de uso de la marca en el local respectivo correrán a cargo del FRANQUICIADO. **SEXTA: Terminación y prórroga.** La duración del presente contrato será de.....(especificar el período), contado desde el.....de.....de..... El contrato podrá ser prorrogado previo acuerdo de las

partes que se hará constar por escrito. En caso de terminación EL FRANQUICIADO renuncia a cualquier indemnización por clientela en el territorio pactado.

SEPTIMA: Cesión de derechos. EL FRANQUICIADO no podrá ceder el contrato sino con autorización escrita del FRANQUICIANTE.

OCTAVA: Causales de terminación anticipada. EL FRANQUICIANTE podrá en cualquier tiempo dar por terminado el contrato de manera unilateral, informando con una antelación igual a la allí pactada, en cualquiera de los siguientes eventos: a) Insolvencia del FRANQUICIADO; b) Ineficiencia en la prestación de servicios de postventa, y c) Violación a cualquiera de las cláusulas del presente contrato.

NOVENA: Cláusula penal. Si cualquiera de las partes incumpliere una cualquiera de las obligaciones a su cargo, deberá pagar a la otra la suma de.....pesos (\$....) a título de pena derivada de dicho incumplimiento.

DECIMA: Cláusula compromisoria. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento, cuyo domicilio será.....(lugar de ejecución del contrato), integrado por.....(....) árbitros designados conforme a la ley. Los arbitramentos que ocurrieren se regirán por lo dispuesto en el Decreto 2279 de 1991, en la Ley 23 de 1991 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia. Las partes contratantes acuerdan someterse a decisión de árbitros o amigables componedores sobre las divergencias que surjan como producto del presente contrato.

En constancia de lo anterior, se firma en la ciudad de _____, a los _____ días del mes de _____ del año _____

(Nombre-Cédula)

FRANQUICIANTE

(Nombre-Cédula)

FRANQUICIADO

Tomado de Actualicese.coM

Entonces estableceremos el esquema de un contrato de franquicia de la siguiente manera;

4.2 CONTENIDO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

4.1.3 Título del contrato

El contrato de franquicia por lo general lleva el título “CONTRATO DE FRANQUICIA” pero además se puede encontrar títulos denominados como Contrato de franquicia por adhesión, exclusividad etc.

Pero es de suma importancia que dicho contrato se denomine contrato de franquicia puesto que en caso de pleito no se sabría si, se está hablando de un contrato regulado por la legislación colombiana, es decir un contrato típico, cuyo contrato tiene ciertas características revestidas de legalidad, mientras que si, se establece sabemos que estamos frente a un caso de contrato atípico con ciertas cláusulas que son contrarias a la norma y que carecen de seguridad jurídica.

4.1.4 Preámbulo

Aquí es donde se realiza la descripción precisa de lo que contendrá el contrato de franquicia, pues es la parte donde se encontrara un resumen específico de los siguientes ítem;

- Objetivo del contrato de franquicia
- Identificación de las partes
- Sedes y/o oficinas de funcionalidad
- Capital
- Registro mercantil
- Experimentación de los puntos pilotos
- Puntos de venta
- Volúmenes de venta
- Inversión
- Tasa de rentabilidad.

4.1.5 Concesión de la franquicia

Hablaremos aquí de las cláusulas específicas que son tomadas directamente por el franquiciado, en tal caso que se de la firma del mismo, dichas cláusulas podemos traer a colación algunas de ellas, territorialidad, marca, exclusividad etc.

Por otro lado, el franquiciador debe tener en cuenta que debe demostrar y verificar su derecho sobre la distinción de la franquicia.

4.1.6 Obligaciones del Franquiciado y Franquiciante

En esta parte no se pretende pormenorizar las obligaciones de los obligados, sino más bien resaltarlas para que se puede tener comprensión de la inseguridad a la que se exponen.

Aquí se habla de las obligaciones que tiene las dos partes, pero también del conocimiento del producto por parte del franquiciado, por tal motivo enumeraremos las obligaciones de la siguiente manera;

- Marca e imagen
- Saber hacer
- Pagos pactados
- Exclusividad y territorialidad
- Servicios
- No competencia
- Control
- Aprovechamiento.

4.1.7 Duración, renovación y término del contrato

Es quizá una de las partes fundamentales del contrato de franquicia, debido a que aquí se cataloga la duración de la relación contractual, la renovación en caso al que haya lugar y por último la finalización del contrato con sus características respectivas.

4.1.8 Firma de Contrayentes.

Generalmente los contratos son firmados por las partes, es decir quien funge como franquiciado y franquiciante, pero a su vez se puede presentar que, en vez de la firma del franquiciador, aparezca el nombre de la sociedad competente y hasta en ocasiones puede firmarse a nombre propio.

4.3 AUTONOMIA Y VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Peña Nossa 2012, el contrato de franquicia es de Colaboración Empresarial.

El contrato de franquicia es de colaboración mutua en el campo empresarial el cual permite y vemos su materialización gracias a las normas comerciales y constitucionales aquí en Colombia básicamente estamos refiriéndonos al artículo 333 que reza lo relativo a la actividad comercial Así mismo se hace evidente que estamos frente a un contrato atípico, Pues no se encuentra regulado en sus elementos esenciales por alguna norma jurídica en específico

En la Constitución de 1991 encontramos la autonomía privada lo que hace real este apartado nos referimos al derecho inviolable Qué es la libertad individual respaldado y protegido por la Constitución y soportado en la Sentencia C 529 del 2000.

Los contratos a través del tiempo se han transformado haciendo aportes económicos sociales y políticos al país pues cada contrato en Colombia ha generado un índice de emprendimiento y así mismo se ha hecho evidente las

regalías y crecimiento económico del país de tal manera que para la construcción del sector privado se necesitó la autonomía y la voluntad de un grupo de empresas de empresarios emprendedores

Asimismo, podemos hablar entonces de la voluntad y la autonomía de la creación de los contratos de franquicia pues es en un contrato de franquicia que es basado en este principio básicamente porque es aquí donde las partes negocian el objetivo a desarrollar nos referimos al franquiciado y franquiciante.

No obstante, debemos decir que el principio la autonomía de la voluntad tiene también límites según (Palacios Martínez 2007), los límites de Estos principios los encontramos en dos categorías intrínseco y extrínseco donde primero habla de los aspectos concretos de la naturaleza propia del contrato y el segundo hace referencia a lo externo básicamente lo encontramos en el orden público

Límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad, de este principio “autonomía de la voluntad” nace la bien llamada “libertad contractual” la cual permite la contratación con un sujeto y la manifestación de las condiciones con las cuales se desarrollarán el contrato sin embargo también se hace necesario establecer y precisar cómo se van a solucionar las controversias que se susciten de dicho acto, pues dentro del contrato de franquicia algunas condiciones pueden ser desbordadas Por lo cual las partes no pueden someter a juicio con un árbitro que deseen en el momento sino con el que se pactó en la firma del contrato pero así mismo encontramos que hay abuso del derecho

La buena fe este principio se ha convertido en la base fundamental de las actuaciones y conductas interpersonales y Por ende las conductas jurídicas.

Hinestroza 2003, Establece que la buena fe, se abarca de la siguiente manera; la buena fe objetiva se refiere del deber del comportamiento a los sujetos bajo las

reglas específicas, la buena fe subjetiva hace referencia a la conciencia del individuo el convencimiento de actuar.

Estos son los límites a los que referimos frente a la autonomía privada. Por ende, podemos traer a colación el artículo 95 de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde reza que las personas no pueden desproporcionar sus conductas en las condiciones de sus derechos, puesto que no pueden ni deben lesionar a los demás con su actuar.

4.4 LEYES Y NORMAS QUE REGULAN EN COLOMBIA LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

Actualmente en Colombia no se cuenta con una regulación jurídica para este tipo de contratos (CONTRATOS DE FRANQUICIA), por lo cual lo llamamos un contrato atípico que genera inseguridad jurídica para quienes deseen usar la figura de franquicia, este tipo de contratos no tiene naturaleza propia, se derivan de los contratos ya existentes en Colombia, pero su funcionalidad está dentro de un marco de inseguridad que genera pérdidas millonarias para la parte que funge como franquiciado y franquiciador.

Código Civil Colombiano.

Parte de Obligaciones

Artículos:

ARTICULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.

ARTICULO 1495. <DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

ARTICULO 1497. <CONTRATO GRATUITO Y ONEROSO>. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

ARTICULO 1498. <CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO>. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

Constitución de Colombia

Artículos:

58,61,65,333. “Garantizan la autonomía privada promoviendo y protegiendo la creación intelectual, como también la defensa del bien común.

Conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El origen de las franquicias se presenta en la Edad Media cuando se empezaron a utilizar las cartas francas para otorgar permisos y privilegios en actividades económicas como la pesca y la caza. Después de constantes oleadas a través de la historia, lo que hoy se conoce como franquicia es un

modelo económico que representa “una parte importante de la economía, existiendo más de 3 millones de unidades de franquicias, con más de 20 mil empresas franquiciantes registradas alrededor del mundo” (Globofran, 2017)

Códigos de ética.

Serán aplicables las disposiciones contenidas en este Código de Ética, a la relación entre el franquiciante y sus franquiciados, e igualmente entre el subfranquiciante maestro y sus subfranquiciados

Normas técnicas (NTC 5813 del Icontec)

Requisitos generales para la etapa precontractual y postcontractual de una franquicia.

4.5 SIMILITUD CON OTROS CONTRATOS

Por lo tanto, podemos evidenciar que el contrato de franquicia se puede comparar frente a otros contratos, los cuales si tienen regulación específica;

4.4.1 Contrato de Distribución.

Dentro de este contrato se hace evidente que la vinculación entre la empresa productora y el sujeto que coloca los productos en el mercado podemos distinguir que el distribuidor realiza su actividad por cuenta y

riesgo propio y que también utiliza su nombre comercial o su respectiva marca.

Mientras que, en el contrato de franquicia, se involucra directamente la distribución de productos que conllevan a la transmisión del Know How, y ciertas especificaciones técnicas, que son las que permiten que el franquiciado pueda desarrollar su actividad comercial y sea igual de exitosa a la del franquiciante.

4.4.2 Contrato de Licencia Comercial:

En el artículo 162 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina, encontramos que el titular de la marca debidamente registrada o en trámite de registro podrá dar licencias a uno o más personas para que estos se encarguen de su explotación, es decir la marca, pero dicha explotación la debe hacer mediante la inscripción ante la Súper Intendencia de Industria y Comercio.

Mientras que para el contrato de franquicia no se hace licencia, sino más bien se deja manejar sus elementos esenciales por parte del franquiciado, los cuales son Know How, la marca, y el precio, por lo cuales se debe dar una prima de franquicia significativa y claramente establecida que la recibe el franquiciador.

4.4.3 Contrato de Concesión:

En nuestra legislación comercial, este es un contrato donde una parte se obliga a realizar una serie de prestaciones a favor de la otra, pues cada una de estas se denomina proveedor y usuario, respectivamente, y básicamente la esencia de este contrato es por que consiste en dar, hacer o no hacer determinada cosa dentro de la negociación comercial, entonces para que esto se concrete se debe tener en cuenta que es solo y únicamente cuando el proveedor trasmite el dominio de la cosa que se obligó en el contrato firmado.

Caso contrario sucede en el contrato de franquicia donde a todas luces la ventaja la lleva el franquiciador pues este no suelta de su poder el dominio de la cosa, sino más bien se permite el uso, explotación y disfrute de la cosa, y en el cual debe respetarse los derechos de autor y la propiedad de la marca.

4.4.4 Contrato de Agencia Comercial:

Según el código de Comercio, en su artículo 1317, encontramos que el “comerciante asumen en forma independiente y de manera estable el cargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante, la persona quien recibe dicho encargo se denomina agente”

Como tal podemos ver que frente a la franquicia el contrato de agencia comercial, tiene ciertas características que los hacen similares, pero podemos evidenciar ciertas diferencias, las cuales son:

- La colaboración mutua entre franquiciado y franquiciante.
- Asistencia de mercadeo y servicio al cliente
- Y finalmente tenemos la trasmisión del Know How, la cual hace contundente el éxito del negocio.
- El franquiciante no debe indemnizar al franquiciado en el evento que se necesite, y caso contrario igualmente.
- Las cláusulas que hacen que sea prohibido revelar los secretos de la marca, a los cuales tuvo derecho, mientras estaba como franquiciado en la relación contractual.

CAPITULO II

5. PROYECCION DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN EL MERCADO NACIONAL

5.1 EL CRECIENTE MERCADO DE FRANQUICIAS EN COLOMBIA

La percepción y análisis que se le ha realizado a los procesos jurídicos y comerciales del contrato de franquicia, que les ha permitido analizar, estudiar y conceptualización del creciente desarrollo y adopción del sistema de las franquicias, y como estos, los cuales han ido penetrando cada vez más los diferentes mercados, y el mercado Colombiano no ha sido la excepción, en las últimas dos décadas, hemos sido testigos de cómo cada vez más inversionistas, emprendedores se han vinculado a este sistema de comercio, además que Colombia se ha convertido en uno de los destinos preferidos de los franquiciadores Estadounidenses y europeos.

Este crecimiento y desarrollo de los contratos de franquicia, corresponde al fenómeno mercantil y comercial que, a través de los Tratados de Libre Comercio motivados a su vez por la globalización, han llegado a las diferentes naciones propuestas comerciales novedosas y que brinda una seguridad de desarrollar empresa o negocios, teniendo como respaldo una marca ya probada y adoptada por otros mercados, y eso es lo que las franquicias ofrecen a los franquiciados.

La comercialización de productos, y, el desarrollo de las unidades comerciales, en su proceso de expansión, han hecho surgir diferentes tipos de contratos atípicos, como son el Joint venture, de agencia comercial, licencia de propiedad intelectual, transferencia de tecnología, distribución y por supuesto el contrato de Franquicia, este último que es sobre el cual vamos a realizar el estudio de su inseguridad jurídica en Colombia, motivada por la falta de una legislación propia de este y que permita a los que celebran este tipo de contrato no corran riesgos jurídicos, que

pueden redundar en la pérdida de sus capitales invertidos y más extremadamente perder su buen nombre comercial.

Hablamos de una inseguridad jurídica del contrato de franquicia en Colombia, porque, este tipo de contrato se rige por un código de ética, la costumbre mercantil, y las formas de contratación internacional inmersos en el ámbito del comercio internacional.

La gran cantidad de ventajas operativas y administrativas, que brindan los contratos de franquicia que otorgan a los intervinientes de él, ha hecho que cada vez más empresas o negocios oferten franquicias en Colombia, ya que este mecanismo permite la expansión empresarial, y brinda un halo de seguridad operativa al franquiciado, como es la garantía segura del retorno de su inversión.

En Colombia, son múltiples las franquicias nacionales e internacionales que han optado por este sistema para ampliar o expandirse en nuestro mercado, este auge se vio más marcado por la suscripción, firma y ratificación del tratado de libre comercio con los Estados Unidos y la Unión Europea.

Diez de Castro y Rondan Cataluña (2004), señalan como razones para franquiciar por parte del franquiciador: la habilidad de crecer utilizando pocos recursos propios, la independencia de su relación con el franquiciado, lo cual le permite tener menos empleados; la falta de conocimiento de los mercados a los que llega el franquiciado y el control para el franquiciado. “el concepto y nombre de marca probado y unos menores riesgos de fracaso.....” son motivaciones para acoger el sistema (pp 77 – 79, 87).

Si bien es cierto, que el ejercicio operativo y administrativo funcionalmente el contrato de franquicia, brinda muchas ventajas al franquiciado y al franquiciante, esas bondades se ven ensombrecida por la inseguridad jurídica que está implícita en este tipo de contrato, ya que ellos se rigen por un código de ética y costumbres mercantiles, adoleciendo en nuestro país de una legislación clara para proteger el cumplimiento de estos, y se deben acudir de manera subsidiaria a normas

mercantiles y civiles determinadas por nuestro código de comercio y código civil respectivamente. Vale la pena anotar que en su aspecto jurídico el contrato de franquicia jurídicamente, aplica algunos elementos del Hard Law y del Soft Law, cuyo propósito es establecer una regulación a dichos contratos.

Es así como podemos según estudios de medición establecer los siguientes datos:

Diversos estudios internacionales concluyen que las franquicias en Colombia y en el mundo, tienen una estadística de fracaso muy bajo a nivel empresarial, comparado con los emprendimientos individuales. Apenas el 25% de los emprendedoras franquicias, finiquitan el negocio antes de pasar cinco años, mientras que el 80% de los comercios independientes lo disuelven antes.

Según Francisco Paillie, presidente de la junta directiva de la Cámara Colombiana de Franquicias, Colfranquicias, en el país no hay cifras concretas sobre el promedio de vida de este modelo de negocio, pero, datos otorgados por asociaciones latinoamericanas, demuestran que 92% de las empresas en México, 94% en Brasil y 96% en Estados Unidos continúan funcionando después del quinto año, razón por la cual este tipo de emprendimiento ofrece excelentes resultados.

De acuerdo con Colfranquicias, en febrero de 2018 había 294 franquicias nacionales y 212 extranjeras, en el país, de las cuales 188 pertenecen al sector gastronómico, 86 a servicios y 82 a moda.

En 2005, existían 103 franquicias, mientras que en 2017 había más de 500, lo cual indica que este negocio se multiplicó por cinco en un periodo de 12 años, a través de 12.900 empresas franquiciadas.

Las franquicias con mayor antigüedad en Colombia son Burguer King y Dunkin Donuts, marcas que llevan 35 años estableciendo este sistema. (Fuente: By Posted 11 julio, 2018

In, Recuperado de <https://www.cvn.com.co/franquicias-en-colombia-crecimiento/>, nov 2018).

Los datos que los organismos que agremian las franquicias en Colombia, tales como: Federación Iberoamericana de Franquicias, Cámara Colombiana de Franquicias (COLFRANQUICIAS), Asociación Colombiana de Franquicias (ALCOFRAN) y la Federación Iberoamericana de Franquicias, han revelado, como en Colombia, son múltiples las franquicias nacionales e internacionales que operan en este mercado, y así se estableció que de las 506 marcas de franquicias identificadas en el año 2017 (datos de dinero.com, Así va el mercado en Colombia-2018), 294 son franquicias de nacionalidad colombiana y 212 son franquicias extranjeras.

El auge de las franquicias en Colombia y el apoyo que les brinda PROPAIS, entidad de carácter mixto, la cual lidera el programa de microfranquicias a nivel nacional y que hace acompañamiento logístico, económico y administrativo a este tipo de emprendimiento, es que se hace necesario que exista una legislación clara y precisa sobre los contratos de franquicia, y que no se siga persistiendo en que este tipo de contrato lo regule un código ético, la buena fe y la costumbre mercantil, creando vacíos en la ley, que determinan una inseguridad jurídica en el territorio nacional, y por lo tanto jurídicamente, estos sean regulados por las leyes internacional.

Hay que tener en cuenta que casi el 95% de los franquiciados son pequeños y medianos empresarios, a los cuales se les une la lista de emprendedores que han acogido este tipo de figura comercial para desarrollar acciones comerciales, y que por la característica de infraestructura económica de estos empresarios, se les dificulta en muchas ocasiones poder acudir a tribunales internacionales para defender sus derechos.

5. 2 SUBFRANQUICIADORES

Se ha definido que una subfranquicia, es el sistema por el cual, quienes poseen una Franquicia de zona, son responsables de conseguir nuevos inversionistas en la

franquicia, a los cuales se les denomina subfranquiados, los cuales se ubicaran dentro del área asignada, se puede evidenciar que bajo esta figura el franquiciador está más interesado en vender más franquicias, que en la gestión de las mismas. (2016, 02). Subfranquicias diccionario. Leyderecho.org Recuperado 11, 2018, de <https://diccionario.leyderecho.org/subfrnaquicias/> .

Es muy habitual que en nuestro mercado, se presente la figura de la subfranquicia, por esta razón la Superintendencia Industria y Comercio, en el año 2017, emitió un concepto relacionado con el contrato de Franquicias, en el cual expresa que “El contrato de licencia solo podrá efectuarse a través del titular efectivo, es decir, la persona o empresa a la que la entidad le autoriza el registro de la marca”, por tal motivo podríamos decir que la subfranquicia, no tendrá valor jurídico en nuestro territorio, más sin embargo esta se presenta y se siguen celebrando este tipo de acciones , lo cual nos demuestra que por no estar regulado el contrato de Franquicia bajo la ley material, los vacíos existentes, se llenan con la costumbre y la actuación de buena fe de las partes que celebran este contrato, y que a la luz de ley, puede dejar sin posibilidad de defensa a la parte afectada por incumplimiento de lo contratado.

La autorregulación a través de código de ética, normas técnicas y la costumbre del sector de las franquicias, cada vez más creciente y de mayor demanda cada día, se hace necesario a nuestro criterio, que exista un pronunciamiento del congreso para que limite los alcances de este tipo de contrato, y de por terminada la atipicidad del mismo en el mercado colombiano.

Dentro del régimen legal colombiano, existen muchas normas, que sirven en cierta medida para proteger y respaldar bajo un marco legal al contrato de franquicia, y es lo estipulado en la legislación mercantil en referencia a propiedad intelectual, consumidor, la competencia, normas sanitarias y otras más, que, si no están enfocadas directamente a el contrato de franquicia, permitirán a las partes apoyarse en ellas para dirimir cualquier conflicto que se pueda presentar.

Según Germán Darío Flórez, docente de facultad de Derecho de la Universidad Nacional y coinvestigador con la Universidad Católica sobre el tema, “cuando se hace un contrato entre un franquiciante y un franquiciado, la marca es el elemento principal que se transfiere porque incluye el saber hacer o ‘know-how’, y el secreto con el fin de que el negocio pueda prosperar”.

Según el académico, hoy se ve que marcas como McDonald’s, Starbucks o, localmente, Juan Valdez y Cosechas funcionan a través de contratos de franquicia y cada vez tienen más puntos de venta”. **Pese a esto, agrega Flórez, “en el país no hay una legislación sobre las franquicias, por lo que algunas compañías han hecho contratos en esta modalidad sin ser titulares de la marca sobre la cual lo celebran”.**

En su opinión, el franquiciante o el representante debe ser el titular de esta en el territorio en el cual se va a ejercer la figura, porque de lo contrario está poniendo en riesgo de demandas al aliado si hay otro dueño de la misma. “Además, es necesario que la marca esté registrada en el país ya que, según el Protocolo de Madrid, cuando es validada en uno de ellos, no significa que lo sea en los demás”. Según el académico, se trata del principio de territorialidad, es decir, las marcas se protegen donde se otorga el registro. (2017, 09) Las marcas sin registro no pueden franquiciarse Concepto reciente de la Superintendencia de Industria y Comercio establece regulaciones. Recuperado nov 2018 de <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/regulacion-de-la-sic-para-las-franquicias-en-colombia-117394>

Franquicia	Objetivo
Kenosha, Wisconsin	Tiendas de herramientas para mecánicos profesionales. Cada camión Snap-on viene equipado con un computador, conexión

	inalámbrica a Internet y un reproductor de DVD.
7-Eleven	Es el mayor franquiciador del mundo. Los ex militares de Estados Unidos tienen el 10% de descuento en la primera franquicia.
McDonald's	Una de las mayores franquicias de alimentos a nivel mundial.
The Maids Internacional	La cadena de preparación de impuestos sale a la calle con los empleados que se disfrazan como la Estatua de la Libertad. Cada año, durante una semana en enero, Liberty ofrece clases gratuitas a nivel nacional en la preparación de impuestos.
Merry Maids	Esta unidad de ServiceMaster proporciona servicios de limpieza de ventanas (y una gran cantidad de consejos de limpieza gratis en su sitio web). Se ejecuta en una intranet cerrada donde los franquiciados pueden compartir experiencias y obtener consejos.

Tabla 2 Fuente revista Forbes, consultado por revista Dinero

5.3 MASTER FRANQUICIA

La **Franquicia Master** es un tipo especial de contrato de franquicia donde al igual que en una franquicia normal se otorgan los derechos de explotación de una marca y comercialización, de uno o varios productos a un franquiciado.

Lo especial de este contrato, es que estos derechos son otorgados para la operación y administración de más de un establecimiento y en una **zona o territorio geográfico exclusivo**; lo que significa que ningún otro franquiciado podrá negociar con la marca un establecimiento en esta misma zona, pero el Master Franquiciado, si adquiere el derecho a sub-franquiciar nuevos negocios dentro de su zona. De esta forma el **Master Franquiciado** pasa a ser el franquiciante exclusivo en su zona.

Es común ver **Franquicias Master** localizadas por países, de esta forma el Master Franquiciado, amplía su baraja de posibles sub-franquiciatarios y la empresa internacionaliza su marca de una manera más eficaz. (2018, 04), Franquicias Master, exclusividad y éxito garantizado, Recuperado de:

<https://www.tratocontrato.com> el 16 nov 2018.

5.4 ANALISIS UNIVERSAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES CON RELACION A LAS CONTROVERSIAS SURGIDAS EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA

Dentro de los procesos de tramite arbitral, surgidos por las divergencias o problemas entre las partes intervinientes (franquiciante - franquiciado) en los contratos de franquicia, por lo general las pretensiones, se estructuran teniendo en cuenta lo estipulado en la cláusula compromisoria, porque en ella se estipula las condiciones para resolver las controversias que se presenten.

Generalmente las partes del contrato de franquicia, acuden a los tribunales de arbitramento, para resolver sus controversias, estos en sus diferentes laudos, han ido creando como doctrinas alrededor de los diferentes casos y que sirven como referente jurídico, para resolver las divergencias que surjan en situaciones futuras para otros casos de contratos de franquicia, se llega hasta el tribunal de arbitramento, generalmente, cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo, y la decisión que tome el tribunal de arbitramento será tomada en derecho.

La cláusula compromisoria en el contrato de franquicia, que como bien sabemos, se basa más que todo en un principio de buena fe, en voluntades y código de ética o deontológico, obliga a las partes en caso de un caso de controversia, a definir, lugar, tiempo, fechas y tribunal para presentar el caso.

Como el contrato de franquicia en Colombia, es un contrato atípico, esto nos lleva continuamente a tener que llenar los vacíos jurídicos de una relación jurídica patrimonial suscrita entre las partes, aplicando leyes, códigos, que regulan de manera específica otros contratos, que por analogía y no por similitud, pueden ayudar a dar solución a controversias.

El artículo 868 del Código de Comercio Colombia, nos habla que todo contrato tiene la posibilidad de ser revisado por circunstancias imprevistas, que afecten el cumplimiento tácito y expreso de lo pactado en él. Es por esta situación, que los contratos de franquicia, en diferentes laudos arbitrales, son considerados contratos que en su propio desarrollo son de lenta maduración, lo que conlleva a que las partes intervinientes, deben ser flexibles para encontrar puntos convergentes o mecanismos que se adecuen al texto y términos del contrato, y de esta manera ajustarlos a la actualidad y realidad de la vida comercial que se identifique con las características propias de cada una de las distintas actividades empresariales o comerciales.

Se hace necesario, y está en mora que, en Colombia, el contrato de franquicia deje de ser un contrato atípico, y se establezcan claramente las normas, códigos que regulen de forma explícita su legislación, y desaparezcan los vacíos jurídicos, que impiden o limitan la solución de los conflictos originados entre las partes.

CAPITULO III

6. ANÁLISIS DEL CÓDIGO ÉTICO APLICADO A LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA Y LA LIMITACIÓN DE AUTONOMÍA DE VOLUNTADES

6.1 La inseguridad jurídica del contrato de franquicia en Colombia

Tanto en el ámbito comercial como jurídico, podemos reconocer los vacíos jurídicos que tienen los contratos de franquicia, esa inseguridad jurídica parte del principio, que estos se fundamenta, por la falta de una legislación específica que los rijan, todo contrato de franquicia, por su misma atipicidad, además que estos son normados por un código de ética, la costumbre y el actuar de buena fe de los participantes franquiciado y franquiciante.

Y por ello se presentan los vacíos jurídicos en el momento de dirimir conflictos entre el franquiciante y el franquiciado, este modelo de autorregulación contractual, no es un esquema que ofrezca seguridad jurídica al franquiciado, porque quien ejerce una posición dominante es el franquiciante, quien establece todas las condiciones y cláusulas del contrato, convirtiendo al franquiciado un participante de adhesión.

Por otro lado como no existe una norma oficial que regule este tipo de contrato, las reglas, normas y leyes comerciales que se aplican a este están permeadas por el código de comercio, código civil, las normas nacionales e internacionales sobre derecho de autor, protección de marca, normas de la OMC, pero aplicando estas normas por semejanza, mas no por una regulación específica de la ley establecida en nuestro territorio para los contratos de franquicia, por ello consideramos insuficiente la manera o el esquema actual que regula y controla los contratos de franquicia, porque se están aplicando leyes que pueden crear duplicidad, conflicto de normas,

incertidumbre, y lo más grave inseguridad jurídica, que motiva a la subjetividad en la toma de decisiones jurídicas frente a un conflicto entre los intervinientes en el contrato de franquicia

El mercado de las franquicias cada vez crece más en nuestro país, y en su mayoría son franquicias extranjeras, la cuales provienen de países que tiene una regulación de los contratos de franquicia, entre ellos Estados Unidos, España, China, México, Brasil, Corea del Sur, Canadá entre otros, y muchas de sus empresas, están incursionando con sus franquicias en Colombia.

Si Colombia, regula los contratos de franquicias, se estaría garantizando un mínimo legal de estricto cumplimiento para las partes, como es la divulgación de información, registro de la franquicia que se ofrece y la relación entre las partes, pero al no existir esta regulación, se ofrecen en nuestro mercado contrato de franquicia por parte de empresarios que no reúnen estas tres condiciones, básicas pero fundamentales para la seguridad jurídica del franquiciado.

Los países que han regulado el contrato de la franquicia, ha sido como respuesta al análisis del mercado global de este, y que con ello se han evitado o disminuido el riesgo del modelo de la franquicia, riesgos como la estafa, engaño, fraude y el desconocimiento de como operar la franquicia.

Colombia está en pro de emitir una reglamentar el contrato de franquicia, así como lo ha hecho con otros modelos de contratos comerciales, entre los cuales podemos nombrar el contrato de compraventa, agencia comercial, transporte, arrendamiento, otras más.

Actualmente la ausencia de una regulación propia de los contratos de franquicia, en Colombia se acude a normas o leyes análogas, para dar solución a cualquier tipo de controversia o pleitos jurídicos que se deriven del incumplimiento de lo pactado a voluntad o por adhesión que las partes establezcan en las cláusulas del contrato.

Según Andrés Felipe Quiroga ***“una franquicia es una buena oportunidad de negocio, pero una franquicia mal negociada, sin información idónea, completa,***

oportuna y precisa, y sin reglas claras e inequívocas puede ser, para cualquiera de las partes, el peor negocio”

Siendo así, encontramos muchas veces inconsistencias y cláusulas no muy claras en los contratos de franquicia, las cuales originan interpretaciones subjetivas de lo que se quiso o pensó que decía y sus consecuencias o implicaciones negativas para alguna de las partes participantes de este tipo de contrato.

“La autonomía de la voluntad privada conserva su valor como principio de la contratación internacional y por consiguiente, del comercio internacional de bienes y servicios. Aunado a ello, el principio de buena fe contractual, comprendido en su fase objetiva, obliga a las partes a cumplir lo pactado, y tiene como objetivo el mantenimiento de la relación contractual, y no la terminación de esta (Largo, 2012)”.

Entre las cláusulas del contrato de franquicia, se deben incorporar cláusulas donde se defina claramente mecanismos para la solución de controversias surgidas en la ejecución del contrato, así como también cláusulas donde se evite conflictos de leyes para solucionar la controversia.

Generalmente en los contratos de franquicias internacionales, las principales controversias que surgen entre las partes, es el establecimiento de la ley y la jurisdicción aplicable, así como también el sistema de solución de controversias, y la asunción de los riesgos derivados de la ejecución del contrato. Por esta razón, un gran sector del gremio de las franquicias propone se hagan soluciones Ex ante al surgimiento del conflicto, y así decidir mecanismos de solución de controversias surgidas de la ejecución del contrato, por ambigüedad en la construcción de las cláusulas del mismo.

Un alto número de franquiciantes, tratan de no correr grandes riesgos al elaborar el contrato de franquicia, le trasladan esos riesgos del mercado a los franquiciados, convirtiendo el contrato de franquicia, en un contrato de adhesión.

Como los principales riesgos, en que incurre un franquiciado, al momento de decidirse aperturar un negocio bajo la modalidad de franquicia, esos riesgos están relacionados directamente con el espíritu jurídico y comercial de la franquicia, como son: el entorno socio económico, el know how, la administración financiera, la dinámica y evolución del mercado, selección de la franquicia adecuada. Se hace necesario que se tenga en nuestro país una legislación clara y específica de este tipo de contrato, que por su característica de atípico deja en un estado de vulnerabilidad jurisdiccional y legal para la solución de controversias.

Según Ángela Julieta Mora, docente de finanzas de la Universidad Politécnico GRANCOLOMBIANO, *“se debe revisar el tema contractual, la vigencia del negocio y las cláusulas de confidencialidad, pues en muchos casos esto acuerdos se firman hasta por cinco años”*

CAPITULO IV

7. IMPACTO JURIDICO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.

Como ya se ha dicho, en Colombia no tenemos normas que regulen el manejo de los contratos de franquicia, estos contratos claramente atípicos se encuentran bajo la normatividad Deontológica, y sujetos a los contratos existentes por su relación en cuanto a los elementos esenciales y formas del mismo, regulados por la normatividad de nuestro Código Civil y Código Comercial Colombiano.

Para Luis Felipe Jaramillo, Director de la Feria internacional de negocios y franquicias (Fanyf), este sistema de las franquicias en Colombia ha generado alrededor de 45 mil empleos.

7.1 DESARROLLO SECTOR ECONOMICO DE LAS PYMES A TRAVES DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA.

Para el Desarrollo Económico del país, es de suprema importancia debido a que las pequeñas y medianas empresas son las que están promoviéndolo, pues estas son las encargadas con sus grandes o pequeños capitales generar movimiento de la economía colombiana junto a esto los niveles de desempleo se han visto notoriamente altos.

En Colombia, el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, a finales de 2008 elaboraron un ante-proyecto que hace alusión a la transformación productiva, cuyo fin era promocionar el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa.

El objetivo primordial de este proyecto consiste en la estimulación y el apoyo a las PYMES a través de la generación de esquemas de colaboración que les permita ingresar a nuevos mercados y poder posicionarse en estos, y para poder cumplir dicho fin, se propone la franquicia pues es la herramienta que más se ajusta para este tipo de proyecciones.

Pero el inconveniente llega cuando no se encuentra la normatividad precisa para dirimir un conflicto, ya sea que este se encuentre en un territorio determinado o este se encuentre en dos territorios distintos, pero que hagan parte de la misma negociación con modalidad de franquicia.

Las pequeñas y medianas empresas han influenciado fuertemente en el desarrollo del país, no obstante, a esto debemos hablar de las características que poseen las PYME, son pequeñas y medianas empresas como ya lo dijimos al principio, que se caracterizan por tener la siguiente clasificación:

- Microempresa: aquí encontramos las que este tipo de empresas solo posee diez o menos trabajadores.
- Pequeña Empresa no puede ser inferior a 50 miembros.
- Mediana Empresa: No puede superar los 250 empleados.

Entonces veamos, efectivamente la aplicación de las PYME, por medio de las franquicias contribuyen mucho al sector económico y laboral de Colombia, puesto que para que una franquicia tenga éxitos, se debe recurrir a la experiencia de la empresa, una trayectoria intachable, y si al público o potenciales Franquiciados les gusta pueden llegar a generarles confianza y adquirirla y consigo conseguir una expansión empresarial.

Por otro lado teniendo en cuenta los capitales que se ponen en juego, no son solo un aporte a la economía de Colombia, sino también que al disolverse por alguna condición o quiebre de la franquicia, se ha llevado al emprendedor colombiano a condiciones legales que pueden no estar sujetas en el marco de la legislación Colombiana, pues este tipo de contratos inminentemente atípicos, nos llevan a recurrir a los códigos éticos, deontológicos, buenas costumbres para dirimirlos y sin contar también las pérdidas económicas incalculables para las dos partes.

7.2 GENERACION DE EMPLEO EN COLOMBIA POR LA CRECIENTE IMPLEMENTACION DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

Efectivamente podemos ver que en Colombia personas como las nombradas en párrafos subsiguientes a este, están de acuerdo y consideran que las franquicias son un aporte fundamental para el desarrollo económico y laboral del país.

Para Luis Felipe Jaramillo, Director de la Feria internacional de negocios y franquicias (Fanyf), este sistema de las franquicias en Colombia ha generado alrededor de 45 mil empleos directos sin contar los que generan indirectamente, en temporada alta. (Semana, 2017)

Según Paillie, el sector de las franquicias a crecido a dos dígitos en los últimos años diez años, por encima del producto interno bruto del país, lo que para este hombre significa que el modelo de franquicias llego para quedarse en Colombia.

Pero también expresa lo siguiente; “En más de tres décadas, este esquema se fue extendiendo y de marcas de gastronomía se pasó al *retail* y luego a belleza y salud, servicio, comercio especializado, capacitación y moda. Mientras en 2005 existían 103 franquicias, en 2017 se superaron las 500; es decir, el negocio se

multiplicó por cinco en este periodo; sin embargo, fue en la segunda década de este siglo donde el crecimiento ha sido exponencial.

Las franquicias nacionales representan 58% del total, según los datos compartidos por Francisco Paillie, presidente de la junta directiva de la Cámara Colombiana de Franquicias (Colfranquicias), quien precisa que 294 son colombianas y 212 extranjeras, siendo gastronomía el sector que lidera la lista (188 entre criollas y foráneas), seguido por servicios (86) y moda(82).

La mitad de ellas se ubica en Bogotá; 12%, en Medellín; 6%, en Cali; 4%, en Barranquilla; 3%, en Bucaramanga y 25% en otras ciudades. Las franquicias en Colombia generan aproximadamente 50.000 empleos, convirtiéndose en una de las tres opciones más importantes de emprendimiento, seguida de la innovación y el mejoramiento de un producto o servicio. “La gran diferencia es que con las franquicias se replica un modelo de negocio que ya ha sido exitoso en otro mercado y, de las tres opciones, esta es la más segura”,

(Tiempo, 2017)

Para Juan Gabriel Pérez, Ejecutivo de Invest in Bogotá, las franquicias son un modelo de inversión extranjera directa que “Generan unos valores agregados muy interesantes para los emprendedores de nuestro país...” (Tiempo, 2017)

7.3 RIESGOS SOCIALES Y ECONOMICOS DE LA APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA.

En Colombia tenemos el impedimento que los contratos de franquicia no se encuentran regulados por normas jurídicas aplicables a los contratos reales, sino que estos se encuentran bajo un código Deontológico como ya lo habíamos

nombrado anteriormente por lo tanto describiremos las ventajas y desventajas que tiene la aplicación de los contratos de franquicia.

La desigualdad que se encuentra inmersa en este tipo de contratos hace que el desarrollo que puede llegar a generar en Colombia, llegue a un punto donde la situación comercial que tiene Franquiciado y Franquiciante, se desintegre sin tener a quien reclamar por un capital puesto.

Ventajas

PARA EL FRANQUICIANTE	PARA EL FRANQUICIANDO
1- Agilidad y rapidez en la expansión.	1- Menores gastos publicitarios y mayor difusión.
2- Fortalecimiento de la marca.	2- Posibilidad de explotar un negocio acreditado y de menor riesgo comercial.
3- Agilidad en el desarrollo y mantenimiento de nuevos mercados y/o de mercados lejanos.	Formación y capacitación inicial y permanente.
4- Mayor facilidad y eficiencia en la operación general del negocio.	4- Asistencia técnica y empresarial y apoyo en la selección y formación del personal.
5- Los franquiciatarios proveen de una invaluable fuente de talento	5- Seguridad en el aprovisionamiento y mejora en los precios de compra.
6- Cobro de una cuota inicial por derechos de uso de la marca.	6- Sentido de pertenencia en una red consolidada de franquiciados.

7- Baja inversión de capital en la expansión del negocio.	7- Innovación permanente en aspectos metodológicos y tecnológicos.
8- Incremento en la cobertura y desarrollo de mercados.	8- Acceso a sistemas administrativos de control y evaluación de desempeño del franquiciado.
9- Cobro de regalías sobre la base de las ventas brutas de los artículos o servicios de las franquicias otorgadas.	

Tabla 3 Ventajas franquiciado y franquiciante Fuente Farina, & Juan M (1994)

Desventajas:

PARA EL FRANQUICIANTE	PARA EL FRANQUICIADO
1- Reducción de independencia.	1- No es permitida la iniciativa individual en lo que se refiere a producto, servicio o diseño.
2- Reducción de control sobre las unidades o negocios de franquicias.	2- No existe libertad para vender la franquicia, pues el cedente deberá aprobarla y tiene el derecho de vetar al comprador.
3-El riesgo del mal uso del nombre comercial o de las marcas asunto que ha tomado mucho tiempo para el franquiciante establecer.	3-No es propietario del nombre y marca comercial.

4- Hay una fuerte inversión inicial en el desarrollo de los sistemas de franquicias..	4- Las decisiones acerca de las políticas a seguir las toma el franquiciador.
5-Hay riesgos de bajo índice de rentabilidad porque obviamente se comparten las utilidades con los franquiciados.	5- Tiene restringidos los derechos a disponer de su propio negocio.
6- Hay riesgos de resistencia de los franquiciados para cumplir puntualmente en el pago de las regalías mensuales.	6- Está ligado a la suerte del franquiciador y de todos y cada uno de los demás franquiciados.
7- Riesgos de presión por parte del franquiciado para alterar los métodos de operación.	
8- Posibilidades de que existan franquiciados incompetentes o no éticos.	
9- Cobro de regalías sobre la base de las ventas brutas de los artículos o servicios de las franquicias otorgadas.	

Tabla 4 Desventajas franquiciado y franquiciante, Fuente Farina, & Juan M (1994)

Dentro de los riesgos de las franquicias vamos a encontrar que estas pueden engañar al emprendedor dado a que se pueden generar circunstancias que no sean acordes

con las que se ha pactado en el contrato de franquicia, por tal motivo se es necesario de los riesgos de la franquicia, los cuales encontramos en el apartado siguiente.

7.4 Las falsas franquicias

En las falsas franquicias encontramos a “franquicias” que no han experimentado por medio de la famosa prueba piloto la idea o producto que venden, , en pocas palabras estos franquiciadores carecen gravemente del “SABER HACER”, pero atraen con contundencia a los franquiciados. Muchos se han visto en vueltas en problemas de desfalcos, hurtos y enfrentan demandas millonarias por acceder a las falsas franquicias.

7.4.1 Las falsas buenas franquicias

Las falsas buenas franquicias se denominan así debido a que el franquiciador se engaña de buena fe, pero se engaña al final de cuentas, y consigo se lleva a una cantidad considerable de franquiciados

Los catedráticos (Castro & Galán Gonzáles, 1998), hacen una clasificación para denominar a las falsas buenas franquicias, y lo hacen de la siguiente manera:

- Las franquicias muy rápidas: Son consecuencia de un éxito real: el empresario se convierte en franquiciador sin haber identificado todos los aspectos de su éxito. Los franquiciados no recibirán todos los conocimientos necesarios para reproducir el concepto del franquiciador.
- La expansión mal dirigida: Es un peligro inherente a las franquicias de desarrollo rápido. Algunas franquicias en estas condiciones se muestran menos selectivas a la hora de seleccionar franquiciados, no responden de forma adecuada en la asistencia y servicios ofrecidos.

Por lo tanto, vemos el inminente peligro que se corre al trabajar o entrar en negociación de corte franquicial.

7.4.2 Franquicias en sectores de actividad de alto riesgo.

Al ser sectores con actividad de riesgo no quiere decir que definitivamente sea nulo su éxito, sino más bien, que su éxito puede ser más lento, o mucho más difícil alcanzarlo.

Por lo tanto, vale establecer ciertas zonas de alto riesgo para desarrollar el ejercicio económicas bajo la modalidad de franquicias:

- Zonas donde ya están establecidos lugares o restaurantes de comidas rápidas.
- Zonas donde están posicionados sitios de moda pasajera.
- Sectores que haya industria textil posicionada.

7.4.3 Franquicias muy caras

Las franquicias consideradas muy caras, se basan directamente a los gastos que el franquiciado debe tener en cuanto a los pagos que debe hacer al franquiciador, el pago por el uso del nombre, el pago por el saber hacer (KHOW NOW) y entre otros aspectos relevantes que generan un egreso considerable en la economía de franquiciado, lo que puede generar que los ingresos no sean suficientes para seguir en la explotación de la franquicia.

7.4.4 Las franquicias con malos contratos

La esencia y el deber ser de los contratos de franquicia consta en sostener una estabilidad y cooperación entre franquiciado y franquiciante, teniendo en cuenta también los aportes y resultados de la misma sean repartidos entre los mismos, pero de una manera constante y equilibrada.

Pero en lo que nos concierne a nosotros muchas personas que se encuentran en el sector económico trabajando en empresas en modalidad de franquicia, no siguen esa regla general pues usan contratos completamente desequilibrados, donde prima solo una parte, en este caso sería el franquiciante, debido a que este goza de ciertos privilegios superiores; que dejan en desventaja al franquiciado.

8. CONCLUSIONES

El contrato de franquicia es un contrato en el cual prima la autonomía de la voluntad de las partes, pues no encontramos en este, una regulación específica que nos diga cuál es el procedimiento para dirimir un conflicto entre las partes a pesar de que puede ser pactado en las mismas, se rige expresamente por las buenas costumbres y la buena fe, que hacen parte de la organización de un código deontológico, que entre otras cosas no se encuentra gran diferencia sino más bien una gran similitud con el código de ética.

El contrato de franquicia es regido por un componente extrínseco e intrínseco, que hace parte directa del principio de autonomía de la voluntad de las partes, donde el primero nos hace referencia a la naturaleza del contrato, es decir para que nace el acuerdo consensuado de la actividad comercial y el segundo expresa esa voluntad en el contexto del orden público como resultado del ejercicio de dicha actividad.

Explicado de otro modo el primero hace la parte motivacional de la inversión del contrato, mientras que el segundo marca los límites que se debe tener en cuenta en el ejercicio y desarrollo del contrato de franquicia, sin embargo, en la primera parte de la voluntad expresada en este contrato, vale la pena aclarar que la naturaleza del mismo se encuentra en el Código de Comercio de Colombia.

La poca regulación que tenemos en Colombia para este contrato ha generado pérdidas millonarias de capitales de pequeños y grandes empresarios emprendedores, pero el peligro inminente no solo se queda ahí, sino que también se hace manifiesto para los franquiciadores, pues estos ceden el derecho del manejo de su marca, la comercialización de sus productos, el saber hacer objeto de la franquicia, entonces la pregunta que tratamos de hacernos en esta monografía fue si, ¿el principio de pact sunt servanda (lo pactado se respeta) primaria en el momento de entrar en conflicto de intereses?

Y la conclusión fue determinante para confirmar la necesidad de una regulación específica de los contratos de franquicia, pues si vemos el principio “Pact sunt Servanda”, al entrar en controversia, se desvirtúa y las cláusulas pactadas por las partes y pasaría a ser ineficaces,

esto se debe a que el contrato en el momento de ser analizado por el organismo competente encuentra que la vía idónea para la solución de ese conflicto es por medio de la analogía y la comparación con la norma, en pocas palabras lo pactado en el presunto contrato en sus respectivas cláusulas no alcanzan a tomarse como obligaciones de carácter civil, sino más bien de composición natural.

Si el objetivo de esta figura es el desarrollo económico del país, con más razón se necesita de manera urgente una regulación específica para que dentro de la celebración de los mismos no surjan desbordamiento de voluntades, pérdidas de capitales, malos manejos del saber hacer y daños gravísimos en derechos de autor.

Para finalizar hemos llegado al consenso que dentro del contrato de franquicia se debe regular especialmente en sus elementos esenciales, cuyos elementos son los que permiten que el contrato pueda ser tomado como un contrato dentro de la regulación colombiana y en su defecto y dado el caso la regulación internacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Arenilla Llain, S. (2016). *Efectos del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al contrato de franquicia internacional*. *redalyc.org*, 21-57.
- Arce Gargollo, J. (1997). *El contrato de franquicia*. . México: Editorial Themis.
- Arce Gargollo, J. (2004). *Contratos mercantiles atípicos* (10th ed). México, México: Editorial Porrúa
- Albadalejo, M. (1997). *Curso derecho Civil*. Tomo II (Vol. I). Barcelona, Cataluña, España: Editorial Bosch.
- Arrubla Paucar, J. (1992). *Sociedades Mercantiles* (pág. 325). Bogota : Editorial Dike.
- Arrubla Paucar, J. (2002). *Contratos mercantiles*. Tomo II. Contratos atípicos (Cuarta ed.). Medellín: Biblioteca Jurídica Editorial Dike.
- Arrubla Paucar, J. A. (2012). *Contratos mercantiles teoría general del negocio mercantil*. Bogotá: Editorial Legis.
- Arrubla Paucar, J. (2013). *Contratos mercantiles* (3ed) Bogotá, Colombia: Editorial Legis
- Castellanos Peñafiel, L. (2006). *Contrato de Franquicia en el Comercio Internacional*. *Revista de Derecho No 5*, 21.
- Díez de Castro, E. C., & Galán Gonzáles, J. L. (1998). *Práctica de la Franquicia*. Madrid : Editorial M° Victoria Peralba Ruíz.
- Diez de Castro, E.C., & Rondan Cataluña, F.J.(2004). *La Investigación Sobre Franquicia*. *Revista de Investigaciones Europeas de Direccion y Economia de la Empresa*, 71-96.
- Farina , & Juan M. (1994). *Contratos Comerciales Modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gonzales, E. c. (1998). *Práctica de la Franquicia*. España: Editorial M. Victoria Peralba Ruiz.

- Hinestroza, F. (2003). *Tratado de las Obligaciones II*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Mazorati, O. (2001). *Franchising*. Buenos Aires: Editorial Astrea .
- Palacios Martinez, E . (2007). *Autonomía Privada, Principio de Legalidad y Derecho Civil*. *Revista de Derecho* , 77-110.
- Peña Nossa, L. P. (2012). *Contratos empresariales nacionales e internacionales*. Bogota: Editorial Eco Ediciones.
- Rodríguez, A. A. (2004). *De los contratos* . Santiago de Chile : Editorial Juridica de Chile.
- S.A, P. S. (2018). Asi va el mercado de las franquicias en Colombia este 2018. *Semana* , 1.
- Semana, P. (4 de Junio de 2017). *El Tiempo*. Obtenido de El Tiempo :
<https://www.eltiempo.com/economia/empresas/crecimiento-y-ventajas-de-las-franquicias-en-colombia-105268>
- Tiempo, E. (6 de julio de 2017). *PORTAFOLIO*. Obtenido de PORTAFOLIO :
<https://www.portafolio.co/negocios/el-negocio-de-las-franquicias-aumento-su-participacion-en-el-pais-518392>
- Diccionario Jurídico . (12 de Octubre de 2018). *Diccionario Jurídico* . Obtenido de Diccionario Jurídico : <http://www.diccionariojuridico.mx/>

Tipicidad como factores de la inestabilidad contractual (Tesis de pregrado).

Recuperado de <http://> 22 Agosto 2018

http://bibliotecadigital.usb.edu.co/bitstream/10819/2142/1/El_Contrato_%20de_Franquicia_Inestabilidad_%20Contractual_Ortiz_2013.pdf

Loaiza, L.M. (2012). Panorama del contrato de franquicia en Colombia: entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la normalidad técnica. (Tesis de pregrado).

Recuperado de <http://> 22 Agosto de 2018

https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/77604/1/loaiza_contrato_franquicia_2013.pdf

<http://www.eltiempo.com/economia/empresas/concepto-de-la-sic-sobre-contratos-de-franquicias-en-el-pais-116044> ARTÍCULO DEL TIEMPO. CONTRATOS DE FRANQUICIA DEBEN FIRMARSE CON TITULARES DE MARCAS.

Concepto de la Superintendencia, Los contratos de Franquicia.

Maresca, E. E. (2016). El contrato de franquicia comercial antes y después de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: aspectos económicos y jurídicos [en línea].

Trabajo Final Integrador de Maestría en Derecho

Empresario Económico. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Registro disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/contrato-franquicia-comercial-codigo.pdf>

[26 febrero 2019]