

**Implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia
frente a la propiedad intelectual y responsabilidades de las partes contratantes**

Estefanía Agudelo Castaño

Sebastián Ortiz Álvarez

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín

2019

**Implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia
frente a la propiedad intelectual y responsabilidades de las partes contratantes**

Presentado por:

Estefanía Agudelo Castaño

Sebastián Ortiz Álvarez

Trabajo de grado para optar por el título de

Abogado

Asesora:

Natalia Hoyos Gómez

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín

2019

Contenido

	Pág.
Resumen	6
Abstract	7
Introducción.....	8
1. Problema de investigación	10
1.1. Descripción del problema	10
1.2. Formulación del problema	11
2. Justificación.....	12
3. Objetivos	14
3.1. Objetivo general.....	14
3.2. Objetivos específicos.....	14
4. Metodología.....	15
4.1. Enfoque.....	15
4.2. Tratamiento de la información.....	15
5. El contrato atípico de franquicia	16
5.1. Definición de franquicia	16
5.2. Partes del contrato.....	19
5.3. Obligaciones del franquiciante y franquiciado en el marco de un contrato atípico de franquicia	20
5.4. Elementos del contrato de franquicia	26
5.5. Características del contrato de franquicia.....	32
5.6. Beneficios y falencias del contrato de franquicia	34

5.7. Terminación del contrato de franquicia	38
5.8. Legislación aplicable al contrato de franquicia.....	40
6. La propiedad intelectual como elemento configurador del contrato de franquicia.....	43
7. Responsabilidades del franquiciante y franquiciado en el contrato atípico de franquicia	50
7.1. Concepto de responsabilidad.....	50
7.2. Responsabilidad del franquiciado frente al consumidor	54
7.3. Responsabilidad del franquiciante frente al consumidor	55
Conclusiones	57
Referencias	61
Anexos	70

Lista de Anexos

	Pág.
Anexo A. Entrevista experto en franquicias	70
Anexo B. Entrevista franquiciado.....	73
Anexo C. Modelo 1 de contrato de franquicia.....	76
Anexo D. Modelo 2 de contrato de franquicia.....	81

Resumen

En la presente monografía se realiza la identificación de las implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia frente a la propiedad intelectual y responsabilidades de las partes (franquiciante y franquiciado) en el contrato de franquicia; para ello, se establecen, desde la doctrina nacional y comparada, las características de la figura del contrato atípico de franquicia; igualmente se identifican las obligaciones que tiene cada parte en un contrato de franquicia; a su vez, se describen las características de cada elemento de la propiedad intelectual que hace parte de un contrato de franquicia como elementos configuradores del mismo; adicionalmente, se exponen algunas ventajas y desventajas que tienen las partes frente a un contrato de franquicia; y por último se establecen las responsabilidades del franquiciante y franquiciado en el marco de un contrato atípico de franquicia, partiendo de un concepto general para luego hacer énfasis en la responsabilidad solidaria frente al consumidor.

Palabras clave: *contrato atípico, contrato de franquicia, responsabilidades, franquiciante, franquiciado, propiedad intelectual.*

Abstract

This monograph identifies the legal implications of the lack of regulation of the franchise agreement in Colombia against the intellectual property and responsibilities of the parties (franchisor and franchisee) in the franchise agreement; for this, the characteristics of the figure of the atypical franchise contract are established, based on national and comparative doctrine; Likewise, the obligations that each party has in a franchise agreement are identified; At the same time, the characteristics of each element of the intellectual property that is part of a franchise agreement are described as elements that configure it; additionally, some advantages and disadvantages that the parties have in relation to a franchise agreement are exposed; and finally, the responsibilities of the franchisor and franchisee are established within the framework of an atypical franchise contract, based on a general concept and then emphasize the joint responsibility towards the consumer.

Keywords: *atypical contract, franchise agreement, responsibilities, franchisor, franchisee, intellectual property.*

Introducción

En este siglo XXI, donde el mercado y el comercio cada vez se expanden más a nivel mundial para posicionar una marca o una empresa a nivel territorial, nacional o mundial, resulta dificultoso que un mismo propietario logre una expansión significativa, razón por la cual se requieren de ciertas figuras comerciales como la denominada franquicia, (Kiyosaki, 2001). En donde de una manera organizada y condicionada se logra la obtención de un negocio que permite, mediante licenciamiento, explotar una marca debidamente protegida en colaboración con unos manuales técnicos de funcionamiento.

El modelo comercial de las franquicias le permite por tanto a una empresa (franquiciante) que un tercero (franquiciado) expanda su negocio a cuenta del franquiciado y a la vez el franquiciado emprenda un negocio ya posicionado. Este es un modelo de negocio que se acoge a las actuales dinámicas comerciales del mundo moderno, cuyo funcionamiento hoy en día se rige más por la costumbre y la buena fe comercial más que por un referente normativo estipulado en una ley (Baena et al, 2005).

Desde esta óptica, se propone una investigación que aborda la necesidad sociojurídica de legislar sobre la franquicia en Colombia como modelo de expansión de negocio por excelencia del siglo XXI, ello desde un enfoque cualitativo, que procure no sólo conocer esta modalidad contractual de carácter atípica, sino también desde la óptica de la propiedad intelectual como

elementos caracterizadores del Contrato de Franquicia desde la óptica de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional.

1. Problema de investigación

1.1. Descripción del problema

En la actualidad las empresas colombianas han logrado ser reconocidas y buscan mejorar su posicionamiento en el mercado nacional e internacional, recurriendo algunas de ellas a la modalidad de las franquicias. Esta tipología contractual les permite a las empresas expandirse y alcanzar nuevas expectativas de negocios, ya que en la gran mayoría de los casos no cuenta con el capital, los recursos y el personal necesario para implementar estrategias de expansión; por tanto, las franquicias se convierten en el instrumento necesario e indispensable para darle una nueva perspectiva a cualquier empresa (Tormo, 2013).

Desde una óptica normativa, el contrato de franquicia no se encuentra taxativamente estipulado en la legislación colombiana como contrato típico, lo cual lleva a su clasificación como contrato atípico, el cual merece especial atención desde una perspectiva no sólo jurídica, sino también social (Kiyosaki, 2001); por tanto, no sólo se busca llevar a cabo una aproximación a la noción del contrato de franquicia como figura contractual atípica, sino además abordar otros elementos configuradores de esta como lo es la propiedad intelectual, pero a groso modo, así como analizar las dificultades en las responsabilidades del franquiciante y franquiciado en el marco de un contrato atípico de franquicia internacional.

De acuerdo con Velásquez (2016), el contrato de franquicia no es más que un acuerdo en que una de las partes cede (franquiciante) a la otra parte (franquiciado) el derecho a comercializar determinado bien o servicio, este contrato lleva implícito la noción de propiedad intelectual, el uso de determinada marca, esto con la ventaja que ello conlleva en experiencia, mercado, clientela, y todo ello a cambio de una contraprestación económica.

Conforme a lo anterior, el contrato de franquicia es más que una simple contraprestación económica para el franquiciante, debido a que, a través de sus franquiciados, la organización del franquiciante podrá dinamizar su mercado, potencializar su imagen y maximizar su rentabilidad. Sin embargo, es de cuidado el proteger la marca, esto es, registrándola en la entidad correspondiente y el saber hacer (know-how) de la organización del franquiciante, mediante contratos de confidencialidad y controles que coadyuven a verificar que este riesgo sea mínimo, pues de lo contrario el franquiciante podría estar permitiendo que su competencia se aproveche de este contrato de franquicia.

1.2. Formulación del problema

Frente a este asunto, la problemática a resolver tiene que ver con la respuesta al siguiente interrogante: ¿cuáles son las implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia frente a algunos elementos de la propiedad intelectual y las responsabilidades de las partes del contrato?

2. Justificación

Teniendo en cuenta el concepto del Foro Internacional Como un Modelo de Negocio Estratégico, las franquicias son la nueva tendencia administrativa y productiva de las empresas. Cada vez más, los expertos en políticas públicas y administración de empresas están prestando especial atención a la conformación y desarrollo de estas alianzas como herramienta fundamental para el desarrollo particular de un sector o empresa y el beneficio general de la sociedad y de un ámbito de la economía (2006).

(Celis. La pertinencia de estudiar el tema de las franquicias, no sólo se basa en el hecho de que el mundo empresarial y la economía moderna demanden este tipo de modelos para afrontar los retos que pone la globalización; ante todo, resulta importante el análisis e identificación de este concepto desde una perspectiva jurídica por tratarse de una figura contractual atípica, ya que no tiene regulación explícita como contrato típico en el derecho colombiano. 2004); lo que hace perentorio establecer que es necesaria la homogenización de contratos de franquicia desde una óptica normativa en el derecho nacional, sobre todo porque los avances en el mercado trascienden cada vez más la sociedad actual y porque son prácticas del día a día entre los comerciantes (Flórez, 2011).

(Castañeda, Teylor, Garcia y Polo. De igual modo en Colombia, no se tiene una guía legislativa para establecer un clausulado contractual que sirva de fundamento para dicha

regulación y funcionamiento objetivo del contrato de franquicia, sumado a las cargas inequitativas que pueda presentarse y a la posible afectación a una marca. (1999)

De este modo, el presente trabajo de investigación es de gran pertinencia para el área del derecho comercial, de la propiedad industrial y de la sociedad comerciante, ya que actualmente los modelos de negocio han cambiado, debido a que hoy en día se viene innovando en el aspecto económico, creando negocios que permitan producir más, generando los menores costos posibles (Kiyosaki, 2001) y esto nos lleva a pensar que con un modelo de franquicia que sea exitoso, se puede llegar a extender a nivel mundial una marca debidamente reconocida, y con su “Good Will” posicionado, de manera menos presencial en cada punto de venta de los productos y/o servicios para el dueño del activo intangible.

Finalmente, este trabajo de investigación puede ser de utilidad para todos los comerciantes del país que deseen expandir su empresa y, aún están en duda de los documentos o del debido proceso que deben llevar a cabo para elaborar el sistema de viabilidad de la franquicia y posteriormente ejecutarlo con un menor porcentaje de margen de error.

3. Objetivos

3.1. Objetivo general

Identificar las implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia frente a algunos elementos de la propiedad intelectual y responsabilidades de las partes contratantes.

3.2. Objetivos específicos

Determinar desde la legislación y la doctrina nacional y comparada las características de la figura del contrato atípico de franquicia.

Describir las características de la propiedad intelectual como elementos configuradores del contrato de franquicia desde la óptica de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia colombiana.

Establecer las dificultades en las responsabilidades del franquiciante y franquiciado en el marco de un contrato atípico de franquicia a nivel nacional e internacional.

4. Metodología

4.1. Enfoque

El presente estudio se propuso desde una metodología descriptiva con un enfoque en la recolección de información e interpretación de la misma, la cual nos permite partir de aspectos generales del contrato objeto del estudio para lograr posteriormente concluir las implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia, ya que dicho método no se limita a la recolección de datos, información y variables diversas, sino que se extiende a permitir la relación conexa entre éstas y obtener una conclusión clara.

4.2. Tratamiento de la información

Luego de recolectar todos los datos y la información pertinente para el desarrollo de la investigación y darle un orden, posteriormente ésta se interpretó en aras de identificar las implicaciones jurídicas de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia frente a algunos elementos de la propiedad intelectual y responsabilidades de las partes contratantes.

5. El contrato atípico de franquicia

5.1. Definición de franquicia

Según el diccionario de la Real Academia Española (2014), la palabra franquicia se deriva del término francés *franque*, que significa libre, que en el contexto socio económico actual tiene el mismo sentido. La palabra *franchising* tiene su origen en el verbo francés *francher*, cuyo significado es otorgar una autorización o privilegio, o renunciar a una servidumbre. Después de la Segunda Guerra Mundial, la palabra *franchising* designa el mecanismo de distribución comercial de mercancías o servicios, tal como se conoce ahora.

Señala Peña (2012) que los orígenes de este sistema se remontan a la Edad Media, época en la que el soberano al otorgar privilegios a sus súbditos, como los de caza y pesca, los designaba utilizando el término *france*. En esta época, la iglesia católica concede privilegios a ciertos señores para que actuaran en su nombre en la recolección de diezmos debidos a la iglesia, permitiendo que un porcentaje de lo recaudado fuera para ellos a título de comisión y el resto para el Papa. El primer ejemplo de franquicias en Estados Unidos se dio cuando el gobierno otorga ferrocarriles y bancos a los particulares con el derecho exclusivo de explotación de estas actividades, constituyendo así un medio para desarrollar la prestación de estos servicios de manera rápida y sin utilizar dineros o fondos públicos.

Estudiosos de este tema, coinciden en afirmar que la franquicia existe desde hace más de cien años. En el siglo XIX, Coca-Cola se convirtió en la primera embotelladora del mundo; también lo puso en práctica Singer en Estados Unidos y luego la franquicia llegó a Europa, principalmente a Francia, Italia y España (Arrubla, 2015).

Según De Nora & Rivero (2010), la mayoría de los negocios y/o empresas pueden administrarse en forma descentralizada, distribuyendo responsabilidades y controlando de manera coordinada ciertos aspectos claves, tales como el método de producción, de envasado, de servicio al cliente, la marca u otros.

Para quien es propietario de una empresa con esas características, será relativamente fácil su ampliación. Para un empresario cuyo negocio funcione bien y cuya intención sea hacerle crecer, la franquicia puede ser una forma de expansión rápida, rentable y de menor esfuerzo, comparada con otras opciones (De Nora & Rivero, 2010, p. 25).

Este tipo de "Proyecto de Expansión" al que se refieren los doctrinantes citados anteriormente es el contrato de franquicia, mediante el cual una empresa (franquiciante) transmite a un empresario (franquiciado) su forma de trabajar a cambio de una cantidad de dinero, lo cual permite una expansión rápida, rentable y de menor esfuerzo de un negocio.

Ambos aliados, aceptan un sistema de comercialización de productos y/o servicios, basado en una colaboración continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes (Tormo, 2013).

Como lo indica el libro *Franchising* de Vaughn (1974), la franquicia es un tipo de sistema de mercadeo o de distribución en el cual una compañía matriz otorga, generalmente a un individuo o a una compañía relativamente pequeña, el derecho o privilegio de hacer negocios de una manera definida previamente, en un tiempo y en un espacio determinado; Kursh (1962), por su parte, considera que “una franquicia es un contrato para distribuir o vender productos y servicios en una zona geográfica determinada. El establecimiento franquiciado pertenece a un empresario independiente que lo maneja como parte de una cadena local, regional o nacional” (Pierre & Rebolledo, 2003, p. 20).

La franquicia es un contrato entre dos partes, una empresa o profesional (franquiciante) y otra empresa o profesional (franquiciado), mediante el cual el primero cede al segundo el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios y el segundo, a cambio, le entrega una contraprestación económica.

Por este sistema el empresario que ha desarrollado el negocio (franquiciante) cede a sus franquiciados el derecho de llevar el negocio de acuerdo con el modelo que ha desarrollado a cambio de una contraprestación económica.

Este acuerdo permite al franquiciado utilizar el nombre comercial, productos y/o servicios del franquiciante, patentes, etc., así como de tener acceso a la experiencia desarrollada por la empresa (know-how) y al sistema de negocio que ha permitido al franquiciante tener éxito (García & Bória, 2005, p. 311).

La franquicia es una organización en la cual el propietario de una marca de comercio protegida da a otra persona el derecho de explotar esta marca para la producción o la distribución de un producto servicio. La característica distintiva del contrato de franquicia, con respecto a contratos similares de otorgamiento de derechos de explotación, es la pérdida de la identidad comercial del franquiciado y su aceptación de hacerse asimilar a su franquiciante (Caves & Murphy, 1979, p. 572).

Conforme a las anteriores definiciones se puede concluir que el contrato de franquicia es una construcción socioeconómica y jurídica entre dos partes, franquiciante y franquiciado, mediante el cual se deben responsabilidades y beneficios mutuos, derivado de la explotación de una marca ya posicionada y previamente protegida, que identifica un producto o un servicio

creado por el franquiciante y el manejo exitoso del mismo (know-how) para uso exclusivo del franquiciado en determinada zona geográfica, hecho por el cual, el franquiciante recibe una serie de remuneraciones económicas por el funcionamiento de la franquicia.

Para efectos del presente trabajo, se entiende como marca “cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado” (Decisión 486 del 200. art 134); y que lo ideal para expandirse por medio de la franquicia es protegerla ante la entidad correspondiente, en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio, a la cual le otorga competencia el (Decreto 4886) de 2011, específicamente en su artículo 1, de conceder el beneficio al propietario (franquiciante) de explotar exclusivamente este activo intangible en el territorio nacional.

5.2. Partes del contrato

Según Arrubla (2014), en los contratos de franquicia se pueden identificar dos partes: el franquiciante y el franquiciado (tomador o destinatario). El franquiciante es el titular de los derechos de propiedad industrial y un know how (saber-hacer), quien permite su uso a uno o más terceros para la reproducción de su negocio; y el franquiciado es la persona natural o jurídica que desarrolla el modelo de negocio del franquiciante de manera independiente y entra a formar parte de la cadena uniforme de comercialización de bienes o servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las partes del contrato de franquicia se podría denominar franquiciador o franquiciante al dueño de la marca y el poseedor del saber hacer (Know-how), y el que expande su negocio por medio de la franquicia; y está también el

franquiciado o franquiciatario, que es la persona que adquiere los derechos a usar la marca y el aprende el saber hacer del negocio para explotarlo en determinada zona geográfica con los lineamientos impartidos por el franquiciante. Para efectos del presente trabajo, se les denominara en adelante Franquiciante – Franquiciado.

5.3. Obligaciones del franquiciante y franquiciado en el marco de un contrato atípico de franquicia

De acuerdo con Castillo (2014) las obligaciones son un vínculo de derecho que liga a una persona hacia otra a darle, hacer o dejar de hacer alguna cosa. De este modo, hacen parte esencial de las obligaciones el que exista, primero, una causa de donde estas nazcan; en segundo lugar, personas entre las cuales se contraigan obligaciones; y tercero, algo que sea objeto de las mismas; por ello son causas de las obligaciones los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos y, en algunas ocasiones, la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, la franquicia es un contrato en el que la causa permite que la misma nazca, es decir, es la decisión del franquiciante de expandir su negocio sin ser él mismo el encargado directo y el deseo del franquiciado de iniciar un negocio que cuente con un posicionamiento en el mercado ya superado; las partes del contrato de franquicia son el franquiciante y el franquiciado; y el objeto del contrato de franquicia es el licenciamiento por un tiempo determinado en una zona establecida para el uso de una marca objeto del negocio.

De este modo, el contrato de franquicia trae obligaciones mutuas entre franquiciante y franquiciado, las cuales, indiscutiblemente, generan responsabilidades que de no ser cumplidas a cabalidad pueden generar conflictos y como consecuencia el no éxito del negocio franquiciado al no prestar un servicio adecuado del objeto contractual.

Al ser la franquicia un contrato atípico, las obligaciones devienen de cláusulas estipuladas en el contrato por voluntad de las partes contratantes, que en muchas ocasiones son impartidas por el franquiciante, debido a que la parte dominante es quien pone las condiciones del contrato; en el caso específico, si el franquiciado no se acoge a alguna responsabilidad u obligación, no se suscribiría el contrato por parte del franquiciante.

Como se puede visualizar en el modelo de contrato anexo a este trabajo, algunas obligaciones generales que son usualmente encontradas en la práctica de dicho contrato, son las siguientes:

Obligaciones del franquiciante:

- Se obliga a comunicar al franquiciado el saber hacer (Know how) propio de la marca.

- Se obliga a respetar la exclusividad territorial reconocida al franquiciado. En su virtud, se abstendrá de abrir al público, en la zona de exclusividad que se cite, otro establecimiento bajo la misma marca, ya sea a través de terceros o interpuestas personas.

- Facilitará al franquiciado durante toda la vigencia del contrato, y a requerimiento de este último, asistencia relativa a la explotación del negocio. Dicha asistencia se referirá exclusivamente a los métodos y procedimientos operativos utilizados por los centros de la red del franquiciante.

Obligaciones del franquiciado:

- Asume como obligación esencial en el contrato el desarrollo y explotación del negocio de acuerdo con el saber-hacer comunicado por el franquiciante.

- Se compromete a realizar con aprovechamiento el programa de formación inicial que impartirá el franquiciante.

- Se compromete a realizar a su entera costa las obras de adecuación de todos y cada uno de los puntos de venta, de acuerdo con las directrices que a tal efecto le serán transmitidas por el franquiciante.

- Deberá obtener la expresa y previa aprobación del franquiciante a las obras de adecuación realizadas en el establecimiento, con carácter previo al inicio de la actividad.

- Se compromete a realizar la explotación del negocio en total observación de lo dispuesto en este contrato.

- No aplicará sistemas o procedimientos distintos a los expresamente incluidos en el saber-hacer de la franquicia, ni incluirá en la oferta de su establecimiento productos o servicios no referenciados expresamente por el franquiciante, ni alterará la decoración del establecimiento.

- Se obliga a no variar la ubicación de la zona en la que se explotará la marca.

- Se compromete a que los puntos de venta que operaran dentro de la zona estipulada se destinaran exclusivamente a la explotación de la franquicia.

- Se compromete a contratar a sus empleados y colaboradores dentro de la más estricta legalidad.

- Se compromete a que el personal que preste sus servicios en los diferentes puntos de venta cumpla los requisitos de manipulación de productos, estudios y demás formación que puedan resultar exigidos por la normativa colombiana.

- Se obliga a que sea la única marca o enseña que figure en cualquiera de los elementos afectos a la explotación del negocio, salvo expresa autorización del franquiciante.

- Se compromete a no utilizar la marca para fines distintos de la explotación del negocio objeto del contrato.

- Permitirá y facilitará al franquiciante la celebración de las visitas periódicas de inspección y evaluación operativa de todos y cada uno de los puntos de venta operantes en la zona definida, pudiendo el franquiciante formular un reporte completo sobre el estado del mobiliario, equipamientos y accesorios, los productos y servicios ofrecidos a la clientela, el aspecto y la competencia del personal, sin que ello implique solidaridad patronal.

- Será responsable del respeto de su personal a las obligaciones que legalmente a él le incumbe.

- Será responsable del cumplimiento de cualquier normativa sanitaria o de cualificación profesional exigible a los puntos de venta o al personal empleado en el mismo.

- Asume como esencial la obligación de pago, en el término y condiciones establecidas.

- Dispondrá permanentemente del personal suficiente y adecuadamente cualificado para explotar la marca en los diferentes puntos de venta.

- Los productos adquiridos serán destinados exclusivamente para su venta minorista en los puntos de venta de la franquicia o su utilización en la prestación del servicio que configura la oferta de los establecimientos de la red.

- El incumplimiento del término establecido para el pago de cualquier cantidad adeudada al franquiciante generará un interés de mora.

- Asume la necesidad del franquiciante y de todos los miembros, presentes y futuros, de la red de establecimientos en mantener el carácter confidencial y secreto del saber hacer del franquiciante.

- No podrá desarrollar, en cualquier ubicación donde pudiera competir con el franquiciante o con cualquier otro miembro de la red, ninguna actividad análoga, similar o que pueda suponer competencia a la que es objeto del contrato. Los compromisos de no competencia regulados en el contrato serán exigibles al socio o socios de la sociedad franquiciada, así como a los miembros del órgano de administración de la misma.

- Asume el compromiso de observar y cumplir cualquier obligación que le resulte aplicable de las estipulaciones del contrato.

- Deberá contratar con antelación al día de inicio de su actividad, una póliza multiriesgo que incluya Responsabilidad Civil de Explotación y Responsabilidad Civil Extracontractual.

Teniendo en cuenta todas las obligaciones expuestas y lo mencionado en cada una de ellas, podemos evidenciar la gran carga de obligaciones con que cuenta el franquiciado en comparación con el franquiciante; partiendo de este supuesto, se diría entonces que el desarrollo exitoso de un modelo de franquicia depende en gran porcentaje del cumplimiento de todas las obligaciones del franquiciado y la buena ejecución, disposición y actitud por parte del franquiciante de transferir de manera adecuada el saber-hacer (know-how) para que el margen de

error por parte del franquiciado sea nulo, sin desconocer que estamos en la necesidad de que exista un equilibrio en las obligaciones y/o en las cargas, expidiendo normativas frente al tema. Las regulaciones que se expidan frente al tema son necesarias toda vez que al existir, ayudan a equilibrar o proporcionar las cargas de las partes en el contrato, evitando de esta manera que se genere un abuso de la posición contractual. Es indispensable entonces que se expidan estas normas para evitar entonces que el franquiciante pueda incluir en el contrato por ser el titular de los derechos, cláusulas que pueden llegar a ser abusivas para el franquiciado y que este último al ser el receptor del saber hacer (know-how) pueda generar una posición de abuso al darle una destinación diferente al mismo.

5.4. Elementos del contrato de franquicia

De acuerdo con Peña (2012), son tres los elementos de las franquicias: el uso de derechos de propiedad industrial, el saber-hacer y la remuneración a cargo del franquiciado.

A. Respecto a la licencia de uso de derechos de propiedad industrial, Peña (2012) destaca que el franquiciado es quien recibe una licencia que le da plena autorización para usar los signos distintivos del negocio o de la cadena, por lo tanto utiliza en el desarrollo del negocio, tales como el nombre, la marca, las enseñas, las denominaciones de origen, los logotipos, los lemas, los diseños industriales y todos los otros signos que sean utilizados en el negocio.

Consecuencia a lo anterior, el primer elemento de la propiedad intelectual es la marca, la cual es el signo distintivo que el franquiciante ha posicionado en el mercado para el

reconocimiento de productos y/o servicios (Peña, 2012); por ello esta es importante, debido a que al franquiciado se le otorga una licencia de uso de la marca para que este la ejerza o explote en cabeza del franquiciante, razón por la cual, es menester para un contrato de franquicia el licenciamiento o el permiso de uso de marca estipulado en un documento, so pena de generarse una usurpación de derechos de propiedad industrial.

De acuerdo con el primer elemento, en el contrato de franquicia se entrega una licencia de una serie de signos distintivos, los cuales ahondaremos en su estudio y definiremos cada uno de ellos comenzando por definir que es un signo distintivo y luego cada uno de ellos.

Los signos distintivos son aquellos que tienen la capacidad de identificar servicios y productos en el mercado de los demás de su misma especie. Para su titular son el medio para acercarse a los consumidores, valorizar su empresa y evitar confusión en el mercado con respecto a sus competidores (Ciberpyme, 2013, p. 1)

Los signos distintivos, según la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), se definen de la siguiente manera:

1. Marca: una marca es una categoría de signo distintivo que identifica los productos o servicios de una empresa o empresario.
2. Nombres comerciales: Es el signo que identifica al empresario como tal en el desarrollo de una actividad mercantil.
3. Enseña Comercial: Es un signo que siendo perceptible por el sentido de la vista sirve para identificar un establecimiento de comercio. La enseña comercial puede consistir en palabras, letras, números, dibujos, imágenes, formas, colores, logotipos, figuras,

símbolos, gráficos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas, escudos o combinación de estos elementos.

4. Denominación de origen: Es el nombre o indicación de un lugar geográfico, que puede ser un país o lugar determinada, que designa un producto que por ser originario de dicha región y por las costumbres de transformación o producción de sus habitantes, tiene unas características y/o reputación que lo hacen diferente de los productos semejantes provenientes de otros lugares geográficos.
5. Lema comercial: Es un signo distintivo consistente en una palabra, frase o leyenda que se utiliza como complemento de una marca para forzar su recordación. Es lo que se conoce comúnmente como Slogan.

B. El segundo elemento lo constituye el saber-hacer (know-how), que, de acuerdo con la Asociación Internacional de Protección Jurídica Industrial, “consiste en conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera o de otra naturaleza aplicable en la práctica de la explotación de una empresa o en el ejercicio de una profesión” (Stumpf, 2014, p. 14).

(...) con ello se hace referencia al conocimiento exclusivo que tiene una persona, natural o jurídica, con carácter secreto, aplicable a la industria o al comercio, y que puede ser explotado en forma directa, o transmitido para este mismo fin a terceros. La información no divulgada que contiene el secreto empresarial es inviolable y constituye una ventaja competitiva a quien lo posee. En el ámbito del derecho mercantil, se considera que es un bien inmaterial. Así mismo, hace parte de los bienes que integran el establecimiento de comercio. El know-how no es un secreto profesional. Es decir, que cuando el artículo 74 de la Constitución Política señala que el secreto profesional es inviolable, no se debe confundir este con el secreto empresarial, puesto que se trata de dos conceptos completamente diferentes. El secreto profesional no reviste ningún interés

para el comercio o la industria; por el contrario, el secreto profesional sí lo tiene (López, 2008, p. 21).

El Know How radica en el saber “especializado mantenido en secreto por voluntad manifiesta del franquiciante con algún interés económico, no protegido por el derecho de patentes, y que le confiere una ventaja competitiva a quien lo posee o a quien lo explota con la debida autorización” (Peña, 2012, p. 423).

Los elementos que integran la noción de know how o saber-hacer, según Peña (2012), son: a) ser secreto, es un conjunto de saberes que no es de conocimiento general, ni fácilmente accesible al público; b) tener un valor efectivo o potencial: el know how tiene un valor patrimonial según su novedad, secreto y ventaja competitiva en el mercado; c) la existencia de un control permanente y riguroso, para garantizar el carácter secreto del know how es necesario tomar todas las medidas tendientes a evitar cualquier divulgación; en la franquicia el franquiciado debe velar por que el secreto no sea revelado y d) la información del know how no puede ser comunicada por disposición legal ni por orden judicial, porque si pasa a ser del dominio público, el know how deja de existir.

El know how es técnico cuando se trate de utilizar conocimientos especializados en el procedimiento en la producción técnica de determinados bienes o servicios, y es comercial cuando se refiere a conocimientos acerca de la organización de la empresa, publicidad, forma de servir al cliente, etc. (Peña, 2012).

De acuerdo con López (2008), los conocimientos técnicos que integran el know how son:

Objetos: las herramientas, instrumentos, equipos, etc., no patentados y sin registrar, para desarrollar la tecnología, software, etc.

Datos y antecedentes técnicos: es la información adquirida durante la investigación de un proceso industrial, que tiene como propósito el desarrollo de un nuevo producto.

Instrucciones: es la transmisión de los conocimientos técnicos, de forma oral mediante cursos de capacitación o entrenamiento, o escrita mediante manuales o guías (p. 38).

La Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina, fusiona el know how industrial y comercial en uno solo: el de los secretos empresariales, cuando expresa lo siguiente:

Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en cualquiera actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida en que dicha información:

a) Sea secreta, en el sentido de que como conjunto en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida, ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva.

b) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto profesional podrá estar referida a la naturaleza, característica o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios (Comunidad Andina, 2000, art. 260).

Es importante resaltar que el know how nace y se perfecciona con la experiencia del franquiciante. El know how se transmite en un conjunto de documentos denominado paquete de franquicia (package of franchising). En este paquete debe encontrar el franquiciado respuesta a todas las dudas que se susciten durante el desarrollo de la actividad de su negocio. Este paquete ha de contener todas las instrucciones indispensables para instalar, desarrollar y poner en marcha

el negocio, como los manuales de instalación de control de calidad, jurídico, mercadotecnia, económico financiero, etc. (Peña, 2012).

El tratadista Lorenzetti (2004), al explicar este elemento del contrato expresa lo siguiente:

(...) este elemento es relevante pues distingue este contrato de otras modalidades distributivas, el know how es un conocimiento práctico, aplicable y comercializable; probablemente exitoso, lo que exige que exista una experiencia previa, generalmente realizada por el dador de la franquicia, y que le ha dado un éxito comercial que otros quieren seguir o utilizar en provecho propio: original, de modo que una de las partes esté dispuesta a pagar su utilización. Este elemento hace que el procedimiento sea confidencial, y justifique una cláusula de secreto durante el contrato y con posterioridad a su extinción, y reproducible, pudiendo ser actualizado y modificado conforme a las innovaciones que sugiere el dador o las demandas del mercado. En la práctica contractual este elemento se traduce en un manual operativo que describe minuciosamente el procedimiento.

En cuanto al contenido material del know how, es muy variado: descripción de un sistema de elaboración de productos, de comercialización, de atención al cliente, de presentación de locales, publicidad, signos distintivos, normas de seguridad, limpieza y niveles de calidad de productos) (Lorenzetti, 2004, p. 293).

C. El tercer y último elemento de la franquicia es la remuneración a cargo del franquiciado. Señala Peña (2012) que la remuneración es un elemento esencial del contrato, puesto que se debe realizar para ingresar al negocio y para permanecer en este. Dicha remuneración comprende tres elementos que a disposición de las partes contratantes o del franquiciante se decidirá cuáles de los canones o royalties se pagaran durante el contrato: el primero de ellos es el derecho de entrada, el cual se paga una sola vez, se causa por motivo de entrar a la red de franquiciados; el segundo elemento son las regalías periódicas, las cuales se van causando por motivo de entrar a la red de franquiciados y no son reembolsables; y por último, las contribuciones a publicidad, en donde el franquiciante debe ayudar a pagar unas

cuotas para apoyar al sostenimiento de la publicidad: las decisiones sobre la publicidad las toma el titular franquiciante para el beneficio de toda la red. Es importante resaltar que todos estos valores o regalías, son pactadas previamente en el clausulado del contrato de franquicia o en ocasiones los valores están estipulados por el franquiciante, debido a que al no existir una normativa que obligue al franquiciado a pagar determinados valores y por el contrario, que obligue al franquiciante a cobrar algún dinero por entrar a su red de negocio, pues no se podrá estipular que los tres dineros que usualmente se utilizan en un modelo de franquicia sean vinculantes u obligatorios para las partes.

5.5. Características del contrato de franquicia

De acuerdo con la caracterización que realiza (Peña), el contrato de franquicia puede ser: consensual, oneroso, bilateral, de ejecución o tracto sucesivo, *intuitu personae*, de cooperación, atípico y de colaboración.

Es consensual, ya que el contrato se perfecciona por el solo hecho de configurarse el consentimiento de las partes; no requiere nada adicional, pero es importante para seguridad de las partes, celebrar el contrato en forma escrita, que dé certeza de la relación contractual.

A su vez, es oneroso, ya que en la franquicia es usual el derecho de entrada y de regalías para el franquiciante, y de derechos a explotar un establecimiento de comercio, una marca, un nombre y recibir un know how, para el franquiciado.

También se trata de un contrato bilateral, en la medida en que desde el momento en que se perfecciona el contrato de franquicia, las partes contratantes se obligan recíprocamente.

Es de ejecución o tracto sucesivo, puesto que este contrato está concebido para que dure en el tiempo, teniendo vocación de larga duración debido a que las prestaciones de las partes se van a desarrollar de manera periódica.

De igual modo, es un contrato “*intuitu personae*”, en el sentido en que se basa en la mutua confianza, en el cual el franquiciante entrega su imagen, su marca y su know how al franquiciado para que se la maneje, pero habiéndose asegurado que tiene las calidades, capacidades y conocimientos necesarios para desempeñar con éxito su labor.

Es también un contrato de cooperación, ya que se refleja en que el franquiciado necesita de la asistencia y colaboración continua del franquiciante. El éxito del franquiciado es el éxito del franquiciante, lo que se traduce en una asistencia técnica permanente y en un control ejercido sobre el franquiciado a fin de que se ajuste a lo pactado.

Por supuesto, es un contrato atípico: en Colombia esta figura contractual no se encuentra prevista ni reglamentada en el derecho positivo, es un negocio que surge de la práctica social y se rige primordialmente por la costumbre mercantil y las estipulaciones de las partes.

Y, por último, también se trata de un contrato de colaboración, en el sentido en que para el éxito del contrato se requiere que las empresas que intervienen colaboren armónicamente para

lograr eficacia y desarrollo; esta colaboración sólo se logra si hay como soporte un equilibrio de poderes y ganancias entre las partes (2012).

5.6. Beneficios y falencias del contrato de franquicia

Según se reseña en el preámbulo del Reglamento 4087 de 1988 de la Comisión Europea, hoy Unión Europea, es posible identificar los beneficios y falencias del contrato de franquicia.

En cuanto a los beneficios:

- El franquiciante ayuda al franquiciado a resolver el trámite de solicitudes de apertura y funcionamiento de locales comerciales. De esta manera se le facilita el proceso al franquiciado economizando tiempo y dinero a la hora de dar apertura a un local, además que es el franquiciante quien tiene la experiencia del funcionamiento de los mismos disminuyendo el margen de error en el no funcionamiento exitoso de la franquicia.

- El franquiciado obtiene los suministros a un precio muy inferior al que conseguiría como propietario independiente.

- Como el empresario franquiciante no necesita hacer inversiones de capital, se minimizan los riesgos y los costos de operación.

- Aumenta la competencia empresarial y permite el acceso a diversos bienes y servicios de alta calidad y prestigio. En este beneficio es necesario mencionar el precepto de la Constitución Política de 1991, en donde se establece que “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidad” (art. 333).

Como la franquicia ya ha sido probada por el propietario, esto le generará al franquiciado desde el comienzo más utilidades que pérdidas. (Tormo, 2013).

La publicidad nacional e internacional del nombre y su mercadeo, le permiten al franquiciado desarrollar con éxito la actividad.

Al suscribirse el contrato, el franquiciante ya tiene definido un diseño, una disposición, y la presentación del producto y de los servicios, lo cual le permite al franquiciado, por lo menos en teoría, seleccionar al personal capaz de seguir las instrucciones.

En la actualidad en el país se promueven formas de creación de empresa constantemente y proyectos de emprendimiento, pero uno de los modelos más eficientes para buscar un crecimiento sostenible y rentable es una franquicia, puesto que se está basando en el resultado exitoso que ya representó para otra empresa, en este caso la marca franquiciante; siempre se garantiza que se han obtenido resultados que son comprobables.

Con respecto a las falencias:

- El franquiciado en ocasiones debe pagar regalías al franquiciante sin consideración a las ventas, que pueden obligar al franquiciado a realizar promociones arriesgadas para incrementar las ventas, sin aumentar la rentabilidad.

-El franquiciado podría quedar desprotegido en el caso de tener dificultades financieras que le impidan cumplir sus obligaciones.

-La dependencia a las instrucciones estipuladas en el contrato, le impiden al franquiciado aprovechar iniciativas.

- La búsqueda de local comercial es otro obstáculo que debe enfrentar el emprendedor, además de refaccionarlo si es necesario y encontrar una ubicación perfecta para éste.

Lo anterior indica entonces que es necesario reconocer que en Colombia existe una necesidad socio jurídica de legislar sobre la franquicia, más aún sobre el manejo, observaciones y precauciones que se deben tener con los elementos de la propiedad intelectual, también el alcance de las responsabilidades de cada parte del contrato para que de esta forma, no exista la posibilidad de generar algún acto de abuso por parte del franquiciante al franquiciado por ser el primero, la posición contractual con ventaja, o por el contrario un abuso por parte de franquiciado aprovechando que el franquiciante le ha transferido su saber hacer, facilitando de esta forma que el franquiciado pueda usar en provecho propio, dicho know how, actuando de forma desleal y contraria a las buenas prácticas y costumbres mercantiles.

García & Bória (2005) establecen que el sistema de franquicia ofrece claras ventajas a aquellos que quieren iniciar un negocio, pero en contrapartida también tendrá ciertos riesgos e inconvenientes.

En relación a las ventajas, la principal es la disminución de costos y la posibilidad de contar con asesoría y apoyo en cualquier momento; asimismo, se minimiza el riesgo inicial, ya que se hace parte de una red que se ha demostrado en el mercado con éxito; disminuye el riesgo por ser un concepto probado; hay menos inversión inicial, porque el franquiciante ya habrá previamente eliminado todos los gastos superfluos; se aprovecha las ventajas del grupo. Una franquicia permite tener el poder de compra y de negociación de una gran empresa y acceder a mejores precios en los suministros; realizar de forma más efectiva acciones de marketing y publicidad para toda la cadena; y el apoyo al iniciar el negocio, en la elección del local adecuado, formación inicial, o una estrategia efectiva de marketing para el lanzamiento.

Con respecto a los inconvenientes, está el pago del canon de entrada, los royalties periódicos y fondo de publicidad; no otorga la propiedad ni la marca ni del nombre comercial; reducción de la autonomía empresarial al tener que cumplir el know-how; el franquiciante hace una labor de inspección para verificar si se cumplen o no las especificaciones marcadas; prohíbe crear otro negocio con características similares durante y después del contrato de franquicia; y el cierre de la franquicia afecta al franquiciado, dejándolo sin negocio.

Finalmente, haciendo referencia a los Anexos A y B (entrevistas realizadas), se vislumbra que ambos entrevistados concuerdan en que una ventaja del contrato de franquicia siempre será

el que el franquiciado estará adquiriendo el derecho a usar una marca ya posicionada en el mercado y, por ende, el ahorro inmenso que se tiene al no experimentar con negocios nuevos que podrían ser una lotería por no tener la seguridad con respecto a si van a generar un impacto efectivo en los consumidores.

Contrario a lo anterior, también se nota que para ambos entrevistados definitivamente es necesario que en Colombia se cree una normativa en materia de franquicia que defina todos los temas relacionados con esta para creación, desarrollo y terminación del contrato e imponga las normas para que así los comerciantes tengan todos un orden y un horizonte en la creación de este modelo de expansión.

5.7. Terminación del contrato de franquicia

De acuerdo con Peña (2012), el contrato de franquicia puede finalizar por una cualquiera de las siguientes causas:

- Por cumplimiento del plazo estipulado en el contrato. Sin embargo, las partes pueden pactar que al expirar el término, el contrato se prorrogue por un período igual; pero si se ejerce la opción de no prorrogarlo, debe dársele aviso a la otra parte; por tanto, el término de la notificación es fijado por las partes.

- Por la imposibilidad de cumplir el objeto del contrato por razones económicas.

- Por mutuo acuerdo, mediante el pago de una indemnización.

- Por incumplimiento; en este sentido, la parte perjudicada con el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas, podrá terminar el contrato.

- Por liquidación obligatoria.

- Por muerte o incapacidad del franquiciado si el contrato se ha acordado *intuitu personae*, salvo que se pacte que en caso de que el franquiciado fallezca podrá continuarse la explotación de la franquicia.

Al terminarse el contrato el franquiciado no podrá seguir explotando ese negocio, ni uno similar, utilizando el secreto profesional y la experiencia comercial del franquiciado, pues constituye acto de competencia desleal de violación de secretos el cual nos indica que “Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva” (Congreso de la Republica, Ley 256 de 1996, art. 16) siempre que así se haya estipulado.

Si a la terminación del contrato queda un stock de mercaderías, puede pactarse que el franquiciante pueda venderlas en su establecimiento comercial, distribuirlas entre sus franquiciados actuales o permitir que el franquiciado continúe utilizando la marca de la franquicia hasta vender el stock sobrante.

La Guía Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, que corresponde a una compilación y explicación elaborada en 1998 acerca de lo que son las franquicias, cómo se negocian, cómo debe ser la redacción del contrato principal y otros contratos asociados, establece que si se invalida este tipo de contrato por incumplimiento, para evitar que el franquiciado continúe la explotación comercial del negocio el franquiciante debe solicitar que en el fallo o sentencia que declare el incumplimiento se imponga el deber de cesar en la explotación comercial.

5.8. Legislación aplicable al contrato de franquicia

Cuando se está ante un contrato de franquicia de carácter nacional, se está frente a un contrato atípico que no tiene regulación específica ni en el Código Civil ni en el Código de Comercio en Colombia, de forma tal que las partes, con fundamento en el postulado de la autonomía de la voluntad, deben establecer el contenido alcance y efectos del contrato, siempre y cuando no se atente contra del orden público, la ley o las buenas costumbres. Lo anterior se basa en la Sentencia C-934 de 2013 al indicar que “La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres”. (Corte Constitucional, Sentencia C-934 de 2013).

La Constitución Política de 1991 establece que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir

permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley” (Constitución Política, 1991, art. 333). En desarrollo de tal postulado, estipula el artículo 1602 del Código Civil que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Código Civil, art. 1062); y el artículo 4 del Código de Comercio establece que “las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles” (Código de Comercio, art. 4).

Lo anterior significa que las partes no pueden estipular un derecho extranjero, o la *lex mercatoria* para regular su relación contractual, pues según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Civil, en los contratos nacionales debe obrar dentro de los límites fijados por la ley colombiana, posición que resulta extraña, porque la *lex mercatoria* ha logrado recoger las prácticas y las costumbres de los comerciantes en el comercio internacional y debido a su naturaleza, derivan en la misma categoría de los usos y las costumbres nacionales, que son reconocidas como fuente principal y autónoma de derecho en el ordenamiento jurídico. (Peña, 2012).

Si se está ante un contrato internacional, destaca Arrubla (2014), es necesario remitirse al régimen jurídico de la contratación internacional, sin olvidar que el derecho internacional privado no ha terminado por esclarecer la legislación aplicable al contrato internacional. Sin embargo, son fuentes importantes al momento de establecer la legislación aplicable: la autonomía de la voluntad y la *lex mercatoria*.

Así, con fundamento en la autonomía de la voluntad, el artículo 101 de la Ley 1563 de 2012 estableció que “el tribunal arbitral decidirá de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes” (Presidencia de la República, Ley 1563 de 2012, art. 101). Pero por su parte, el Tratado de Montevideo de 1889, aprobado en Colombia mediante la Ley 32 de 1992, establece en sus artículos 32 y 33 que los contratos internacionales se regirán por la ley del lugar donde deben cumplirse, criterio acogido por el Código Civil en su artículo 19, y en el Código de Comercio en su artículo 869, por lo que si no se estipula cuál es el derecho aplicable, y no se pactó cláusula compromisoria, se aplicarán las leyes nacionales, si el contrato va a ejecutarse en Colombia, razón por la cual en el contrato de franquicia prima la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, incluso en aspectos de solución de conflictos derivados del contrato mismo; por lo tanto, el hecho de que el contrato de franquicia no se encuentre regulado en el ordenamiento jurídico colombiano como contrato típico, es de vital importancia que en las cláusulas del contrato se establezca cómo resolver los conflictos, lo cual hace referencia a la adición de una cláusula compromisoria donde se estipule el proceso que se debe seguir a la hora de existir una diferencia entre franquiciante y franquiciado, teniendo en cuenta que establece con anterioridad a la ocurrencia del hecho objeto del conflicto, el paso a paso para la solución del mismo.

6. La propiedad intelectual como elemento configurador del contrato de franquicia

“La propiedad Intelectual (PI) se relaciona con las creaciones de la mente: invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizadas en el comercio” (OMPI, 2019. p. 1).

Específicamente, la propiedad intelectual en Colombia posee tanto un aval jurídico como constitucional. La fuente principal, sin duda, es la Constitución Política de 1991 (art. 61) que hace referencia a la garantía que tiene todo ciudadano de que el Estado le brinde protección en los derechos de propiedad intelectual, también encontramos sustento jurídico internacional, el cual actualmente es la decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina de Naciones, que sustituyó la 344 del 21 de octubre de 1993 del Acuerdo de Cartagena, publicada en la Gaceta No. 142 del 29 de octubre de 1993. La Decisión 344 fue reglamentada mediante el Decreto 117 de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.174 del 14 de enero de 1994, la Decisión 486 del 2000 de la Comunidad Andina, establece el régimen de Propiedad Industrial y los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, adicionalmente la Ley 222 de 1995, establece en su artículo 23 los deberes de los administradores de las sociedades comerciales y específicamente en los numerales 4 y 5, protege dicha ley la propiedad intelectual, estableciendo en el numeral 4 que “es deber del administrador guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad” (Congreso de la Republica, Ley 222 de 1995, art.23 #4) y en el numeral 5 que “es deber del administrador abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada” (Congreso de la Republica, Ley 222 de 1995, art.23 #5), entre las

cuales se encuentran la información entendida como propiedad intelectual. Adicionalmente encontramos relación en otras normas del derecho, tales como el Código de Comercio, el Código Penal y el Código Sustantivo del Trabajo.

En el Código de Comercio debido a que todas las estipulaciones contractuales que se establezcan en el trámite, desarrollo y creación de una franquicia serán contratos comerciales debido a que ambas partes contratantes o al menos una de ellas ejerce el comercio. Lo anterior fundamentado en el Código de Comercio en su artículo 22, el cual indica que: “Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial”. (Presidencia de la Republica, Decreto 410 de 1971, art. 22).

De igual manera el Código Penal, consagra protección a la propiedad industrial, ya que se protege el mal uso o el plagio de una marca en el artículo 306 donde nos establece el castigo por la usurpación de derechos de propiedad industrial, el cual reza así:

“El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior” (Congreso de la Republica, Ley 599 del 2000, art.306).

Además, el saber hacer que se le transmite al franquiciado, implica una reserva industrial o comercial del franquiciante, por lo que el artículo 308 del Código Penal establece el delito de violación de reserva industrial o comercial:

“El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial. La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero” (Congreso de la Republica, Ley 599 del 2000, art. 308)

El Código Sustantivo del Trabajo de igual manera consagra varias normas que buscan proteger la propiedad industrial y el correcto desarrollo de los negocios, ya que trae inmersa la necesidad y la obligación de ejercer actividad laboral, por lo tanto, todo contrato de franquicia tiene consigo características y directrices para el manejo del saber hacer (know-how) entregado por el franquiciante al franquiciado y, que se desarrollará por medio de los empleados que este último contenga, por lo tanto, en materia laboral la violación del secreto empresarial se presenta en la mayoría de casos como una violación del empleador de la información privilegiada a la que ha tenido acceso, como lo establece el artículo 52 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece las obligaciones especiales del empleado, en su numeral segundo, establece que:

“No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.” (Presidencia de la Republica, Decreto Ley 2663 de 1950, art. 52).

También el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo establece, la terminación del contrato con justa causa, y en su numeral octavo, establece que “El trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la

empresa” (Presidencia de la Republica, Decreto Ley 2663 de 1950, art. 62 #8) y, finalmente éste mismo Código, el Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 250, establece la pérdida del derecho del auxilio de cesantías:

“El trabajador perderá el derecho de auxilio de cesantías cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

c). Que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.” (Presidencia de la Republica, Decreto Ley 2663 de 1950, art. 250 literal c)

Entrando en materia, la propiedad intelectual cobra especial importancia en este asunto de las franquicias, pues a partir de ésta, el franquiciante debe permitir que el franquiciado use un formato o sistema de negocios que le permita reproducirlo abriendo en el mercado un nuevo negocio, pero que es propiedad del franquiciado.

Existen un sin número de ejemplos sobre propiedad intelectual que se aplican a las franquicias como son los nombres comerciales, las marcas, los signos distintivos, el secreto empresarial, los derechos de autor, entre otros.

(Avila) La propiedad intelectual es un asunto de carácter global que aboga por la protección de las ideas producto del intelecto humano, el cual se encuentra involucrado con los intereses de la sociedad y cuya importancia se debe a los avances de la tecnología, al mejoramiento de las técnicas de producción, a los medios de comunicación y, en general, a las ciencias, pues durante varios años se han reconocido y otorgado privilegios a quienes, por medio de la investigación, del esfuerzo, del intelecto y del trabajo sobre ideas idóneas de ser materializadas, han resuelto complejas situaciones, lo que ha llevado a que se les reconozca un

derecho de dominio de propiedad sobre los bienes incorporeales o elementos connacionales (arts. 653 y 670 del Código Civil) como por ejemplo, marcas notoriamente reconocidas, patentes, secretos industriales y derechos de autor que a su vez encuentran la posibilidad de recibir un beneficio monetario sobre su invención materializada (2007).

Dichos derechos de autor son llamados derechos morales o de paternidad intelectual, los cuales son de carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable como derecho absoluto del creador sobre su obra producto o procedimiento (estos respaldados en las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones N° 345 y 351 de 1993 y 486 de 2000 y en la Ley 23 de 1982 sobre derechos de autor y derechos conexos, modificada por la Ley 44 de 1993); derechos que son garantizados por el Estado de forma plena. De igual forma, le permite al inventor incluir criterios de divulgación o comunicación de la obra, la paternidad de la misma, velar por la integridad y al derecho de retracto de publicación.

Del mismo modo, también son llamados derechos patrimoniales o derecho de utilización (Decisión Andina 351 de 1993), los cuales le permiten al autor creador, inventor o un tercero autorizado por éste, a través de las formalidades que establece la ley, y brindándole la calidad al resultado materializado, la capacidad plena de disposición y la posibilidad de transferir el bien, a través de cuatro derechos: de reproducción, de distribución, de comunicación pública y de transformación.

Una vez se permita dicho licenciamiento, el franquiciante debe protegerse al máximo en el contrato, por medio de varias cláusulas que son usadas en la práctica, como por ejemplo, la de

no competencia, obligación que “nace de la necesidad del franquiciante de evitar que la persona a la cual ha capacitado, compita contra aquel a la terminación del contrato, utilizando lo aprendido durante la franquicia” (Ávila, 2007, p. 11). De este modo, en el contexto de la franquicia el franquiciado no podrá seguir utilizando los derechos de propiedad intelectual que le fueron concedidos en virtud de esta.

El principal propósito de esta cláusula es proteger el Know How a través de la obligación asignada al subfranquiciador (o sub- franquiciado) de no comprometerse directa o indirectamente en algún negocio similar a la franquicia en el territorio en el cual explotaba la franquicia, o en un territorio donde competiría con otro miembro de la red de franquicia o con el franquiciador, durante toda la vigencia del contrato y en un periodo posterior a la conclusión de éste. El contenido de esta cláusula de no- competencia debe ser negociado y las leyes del territorio examinadas para establecer hasta qué punto pueden hacerse cumplir en términos de duración, ámbito y aplicabilidad territorial (Corredor, 2015, p. 295).

Inclusive una de las formas en la que el franquiciante protege su secreto empresarial es formular otra cláusula, en la que establece la exclusividad en el suministro, buscando que sea sólo este quien le provea los productos ya elaborados, producido o fabricados al franquiciado. Es importante resaltar que lo mencionado anteriormente se manifiesta que el franquiciante blinda su negocio con acuerdos de confidencialidad en los cuales el franquiciado se compromete a no divulgar, comercializar, tergiversar, éstos secretos empresariales y sólo usarlos para efectos del desarrollo del negocio objeto de la franquicia.

Y el segundo elemento según lo anterior, son los derechos de autor, que son aquellos que el franquiciante le otorga al franquiciado por medio de unos manuales y capacitaciones el saber-hacer (Know How) de su empresa para que el franquiciado ejerza la actividad que ha venido ejerciendo el franquiciante. Es de vital importancia que lo anterior se cumpla, ya que de no

hacerse no tendría ningún sentido el modelo exitoso de la franquicia, que consta de idénticas características el producto y servicio ofrecido al consumidor.

7. Responsabilidades del franquiciante y franquiciado en el contrato atípico de franquicia

7.1. Concepto de responsabilidad

La responsabilidad civil en palabras del doctrinante colombiano Javier Tamayo Jaramillo puede entenderse como:

La responsabilidad es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasi contractuales, el delito, el cuasi delito, o la violación del deber general de prudencia. (Tamayo, 2007, p.8)

Teniendo en cuenta lo anterior, y abarcando el tema que nos ocupa, la responsabilidad derivada para las partes en un contrato de franquicia será siempre independiente para cada una de ellas, es decir, franquiciante y franquiciado, frente a cualquier obligación adquirida con terceros surgidas en el ejercicio y desarrollo del objeto de la franquicia, esto debido a que tanto franquiciante y franquiciado son personas naturales o jurídicas independientes y sus responsabilidades en este último caso son propias del régimen jurídico societario a la que pertenecen.

Teniendo en cuenta el anterior párrafo, para la conformación de franquicias, la Guía de Unidroit para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional señala que:

Es natural para el franquiciador asumir exclusiva y absoluta responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa u otra investigación relacionadas con la gestión del negocio, con independencia de la razón que la provocó. Ejemplos de tales reclamaciones o acciones incluirían las reclamaciones por responsabilidad derivadas del producto o las reclamaciones de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Parecería apropiado para el contrato de franquicia principal que se incluyera una cláusula relativa a la asunción por el franquiciador de cualquier responsabilidad de dicha índole (Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado, 2005, p. 170).

Al tenor de la Guía Unidroit, se puede deducir que el franquiciante tiene alta responsabilidad con respecto a reclamaciones o problemas derivados del negocio celebrado, siempre y cuando recaiga en inconvenientes con el objeto del contrato propiedad del franquiciante, ya que es él quien establece los términos y condiciones bajo los cuales se realizara la actividad comercial.

Así las cosas, puede establecerse que, la responsabilidad surge o se deriva de la ocurrencia o acaecimiento de un hecho dañoso o de un incumplimiento contractual que requiere ser reparado por el agente que lo realizó, dicha reparación procura minimizar o equilibrar el efecto causado por el hecho dañoso.

Una vez que se tiene clara la definición de la responsabilidad civil, es menester analizar la responsabilidad civil que puede ostentar en un contrato de Franquicia, para lo cual lo primero es partir de la obligación constitucional que se tiene para brindar calidad de los bienes y servicios prestados partiendo de la definición en la Constitución colombiana, la cual señala que:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (Constitución Política, 1991, art. 78).

El estatuto del consumidor, es decir, la Ley 1480 de 2011, establece el nuevo régimen aplicable en Colombia sobre todos los ámbitos referentes al consumidor, indicando que:

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, art. 2, inc. 2).

Con base en el anterior inciso del artículo 2 de la Ley 1480 de 2011, es aplicable completamente al contrato de franquicia, ya que el producto o servicio que se busca expandir por medio de ésta va dirigido directa y únicamente a consumidores; igualmente, relacionando el Estatuto del Consumidor y la responsabilidad que tienen las partes del contrato con aquel, el único caso en el que ambas partes son responsables solidariamente, franquiciante y franquiciado, es en la responsabilidad frente al consumidor, el cual se entiende como:

Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, art. 5).

Ahora bien, “el productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos” (Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, art. 20), lo que deja en claro que en un contrato de franquicia quien hace las veces de productor es el franquiciante y el expendedor es el franquiciado, debido a cláusulas de exclusividad inmersas en

el contrato, en donde se obliga al franquiciado a expedir únicamente productos suministrados por el franquiciante, corroborándose con ello que la responsabilidad es una “obligación que, en los términos de la ley, es solidaria entre el productor y el proveedor, y en consecuencia su cumplimiento puede ser exigido sin limitación alguna, a cualquiera de ellos” (Valderrama, 2013, p. 244).

Las cláusulas de exclusividad para el franquiciante radican “en que el franquiciado sólo puede vender o distribuir u ofrecer los servicios de este” (Celis, 2004, p. 31); igualmente, “persiguen mantener una uniformidad en la calidad de los productos y por ende su estandarización, e imponen como consecuencia exclusividad en la adquisición de los productos o materias primas” (Pérez, 2008, p. 1).

Unificando las definiciones anteriores sobre cláusula de exclusividad, ello permite afirmar que es una limitación para el franquiciado para adquirir y distribuir al consumidor únicamente los servicios y/o productos creados y protegidos por el franquiciante; esto tiene un propósito fundamental, que no es otro que llegar a alcanzar el punto de identidad de toda la red de franquicia, es decir, que el consumidor se sienta de igual manera en cualquier local, propiedad del franquiciante o franquiciado.

Adicionalmente, haciendo relación con las entrevistas anexadas, se puede ver en el Anexo A, específicamente en la segunda respuesta, que el entrevistado menciona que la cláusula de exclusividad podría ser una gran desventaja para el franquiciado, debido a que está obligado a comprar los productos al franquiciante al precio que este determine, motivo por el cual, en

ocasiones, se puede generar un desgaste económico mayor o desbalance en los egresos del negocio.

Finalmente, si se hace remisión al Anexo C, donde se aporta una minuta de un contrato de franquicia, se observa en el Parágrafo de las obligaciones del franquiciado que se encuentra expresa la cláusula de exclusividad al obligar a este a ofrecer únicamente los productos adquiridos al franquiciante.

7.2. Responsabilidad del franquiciado frente al consumidor

En el caso en que se llegue a ocasionar un perjuicio al consumidor por motivo del suministro de un producto o servicio de carácter defectuoso, en virtud del ordenamiento colombiano, el consumidor tendría las herramientas para obligar al franquiciado a responder por el daño ocasionado. Todo esto, a partir de la tutela que se ha establecido en el nuevo estatuto y a su turno por configurarse esta como una vía más efectiva para reclamar sus derechos, puesto que este ha celebrado un contrato con el franquiciado, así que en primera medida debería seguir este procedimiento (Lecompte & Visbal, 2013, p. 244).

Corolario a lo estudiado hasta ahora, analizamos que no existe en Colombia una normativa concreta que regule el contrato de franquicia y, por ende, ninguna de las responsabilidades que se puedan derivar de este contrato; sin embargo, es el Estatuto del Consumidor la única norma que protege y vela los derechos de los consumidores de las franquicias que, como ya se sabe, es un modelo de negocio que cada vez se extiende más y, por tanto, cada vez tiene más consumidores, razón por la cual es importante aclarar que en caso de existir algún daño al consumidor derivado de un producto defectuoso o de mala calidad de la franquicia, se estaría frente a una responsabilidad contractual, ya que se celebró un contrato

franquiciado-consumidor, teniendo este último la posibilidad de reclamar directamente el resarcimiento del daño al franquiciado expendedor del producto.

Finalmente, se podría afirmar que el franquiciado, en el caso de un daño por producto defectuoso suministrado por el franquiciante, respondería por hecho ajeno, debido a que este está comercializando un producto que debe tener todas las calidades e idoneidades para el consumo sin que se vea comprometido un mal estado de salud, y esta última aseveración, se supone, es obligación del franquiciante. (Lecompte & Visbal 2013).

7.3. Responsabilidad del franquiciante frente al consumidor

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, las obligaciones inherentes al franquiciante son bastante particulares, debido a que son estas las que le dan sentido al contrato de franquicia, y del incumplimiento de alguna de ellas es posible que se genere un daño al consumidor del producto de la franquicia.

Al franquiciante le asiste la obligación de proveer, enseñar y dar asistencia permanente al franquiciado para que éste pueda desarrollar óptimamente el objeto de la franquicia, razón por la cual, de generarse un daño al consumidor, éste sería causado por el franquiciante, debido a que es él quien coordina y establece las directrices del ejercicio del negocio.

Con base a lo anterior, se está ante una responsabilidad por el hecho propio, teniendo en cuenta el Código Civil colombiano, el cual indica que “toda persona es responsable, no sólo de

sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” (art. 2347); entonces, según dicho artículo, el franquiciante le debe cuidado y vigilancia al franquiciado en la ejecución del contrato, la cual sería mayor al ser el franquiciante quien produce y provee los productos al franquiciado; de este modo, si llegase a existir una omisión o errada ejecución de las obligaciones del franquiciante y esto genera que el franquiciado le cause un daño al consumidor, debe responder para resarcir el perjuicio.

Responsabilidad del franquiciado: Las reclamaciones de los adquirentes finales de los productos vendidos o los prestados en el establecimiento comercial deben ser soportados y atendidos por el franquiciado. El franquiciado responderá por los daños o problemas causados por la mala calidad, por los vicios o defectos de fabricación de los productos, por la mala atención y demás problemas de carácter administrativo que puedan presentarse en cualquier negocio.

Responsabilidad del franquiciante: En la actualidad, el consumidor también tiene concedida la facultad de acudir directamente al fabricante para que atienda los posibles defectos de fabricación de un producto. Sin embargo el consumidor, lo que tiende a hacer es demandar al franquiciado, teniendo después este último la posibilidad de obtener el reembolso del pago por parte del franquiciador (Corredor, 2015, p. 302).

Conclusiones

Las implicaciones de la falta de regulación del contrato de franquicia en Colombia frente a la propiedad intelectual y las responsabilidades de las partes contratantes, son de carácter jurídico, debido a que dicho contrato es un contrato atípico en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo tanto celebrarlo es una incertidumbre constante entre las personas que desean emprender con este modelo de negocio, ya que como se pudo esbozar en la presente monografía, el contrato trae inmerso elementos indispensables, los cuales no están ordenados por la ley como obligatorios pero que se convierten indispensables en la configuración del mismo, por lo tanto se debe acudir a las normas colombianas existentes y adaptarlas a éste.

Como ha quedado en evidencia, la franquicia es un tipo de negocio en el que el franquiciante cede al franquiciado por un tiempo determinado la licencia de una marca o enseña, los productos o servicios y los métodos para hacer negocio a cambio de una contraprestación. Así, la franquicia aprovecha el modelo de un empresario que ha conseguido una ventaja competitiva destacable en el mercado y asume menos riesgos de inversión.

Indiscutiblemente, el modelo de la franquicia es un método increíblemente utilizado alrededor del mundo, pero en Colombia no deja de ser un asunto que genera incertidumbre, ya que se requiere una legislación clara, concisa y directa sobre éste asunto, que establezca con claridad los límites que tienen las partes contratantes, razón por la cual hay que remitirnos a las

siguientes normas: Constitución Política de Colombia, Código Civil, Código de Comercio, Decisión 486 del 2000, Código Sustantivo del Trabajo y Código Penal.

Adicionalmente, en Colombia se presentan vacíos legales los cuales mencionamos a lo largo del trabajo. Básicamente concluimos que serían tres, siendo el primero una falta de regulación frente a las obligaciones de cada una de las partes en el contrato de franquicia, razón por la cual se puede generar un abuso de la posición contractual por parte del franquiciante al incluir obligaciones irrisorias o de difícil cumplimiento por parte del franquiciado; el segundo hace referencia al saber hacer o Know How, porque es importante definir muy claramente las responsabilidades que debe tener el franquiciado frente a estos conocimientos, ya que al tratarse estos de un secreto empresarial se debe contar con unas medidas de seguridad de alta rigurosidad para blindar este secreto y que en ningún momento se torne al dominio público so pena de dejar de ser un secreto empresarial, luego, la red de franquicias dejar de ser exitosa, razón por la cual somos partidarios de creer que el Estado debe estipular las normas para la protección e implementación del saber hacer (Know How) en un contrato de franquicia y las normas para el debido proceso o la sanción en caso de incumplir o manejar de manera arbitraria y contraria el saber hacer (Know How); y el tercer vacío legal, es en lo concerniente a que se hace importante para nuestra sociedad o el comercio, legislar acerca de la atipicidad del contrato de franquicia, mas específicamente, convertirlo en un contrato típico y por supuesto con toda una regulación para cada etapa contractual y el saneamiento de las diferentes dificultades expuestas en este trabajo.

Pese a los vacíos legales mencionados en el párrafo anterior también concluimos que estos no han sido un obstáculo debido a que la libertad de contratar que le asiste a las personas naturales y jurídicas ha permitido el constante y elevado uso de este modelo de negocio, sin desconocer cómo se expuso en el trabajo que este desarrollo debe estar siempre sujeto a la ley y ajustado a las normas comerciales y civiles colombianas, ya que se adquieren obligaciones recíprocas por parte del franquiciante y el franquiciado y la omisión o el incumplimiento de ellas pueden derivar en la obligación de resarcir posibles daños.

Las responsabilidades de los franquiciantes y franquiciado son independientes (según el modelo societario al que pertenezcan) frente a terceros que incluyen, pero no se limitan a empleados, acreedores y proveedores, sin embargo respecto al consumidor se encuentran en una relación de responsabilidad solidaria por la interpretación que nos permite hacer distintas normativas como lo son, la Constitución política y el Estatuto del Consumidor, en caso de presentarse un perjuicio a un usuario por el producto de una red de franquicias, sin importar que no haya una ley particular que regule dicha responsabilidad derivada del contrato de franquicia.

Con relación a las entrevistas realizadas, en las respuestas brindadas por los entrevistados, se vislumbra que ambas personas, tanto franquiciante como franquiciado, comparten la idea, desde su experiencia, que existe un vacío legal y normativo en el tema de franquicia y la necesidad que existe que se sanee este tema, debido a que cada vez las empresas optan más por este modelo de negocio basándose en la idea de reducir costos desde todos los puntos de vista y economía en el tiempo por emprender en una marca ya posicionada en el mercado con su clientela fija. Adicionalmente, es importante impartir las reglas porque al realizar el trabajo de

campo anterior, nos dimos cuenta como para las personas que optan por ser franquiciados tienen distintas confusiones entre las cláusulas que firman y no tienen claridad en el significado o en el alcance de las cláusulas de no competencia o de exclusividad.

Pese a lo anterior, también se notó la satisfacción por parte del franquiciado entrevistado, al mencionar que ha sido una buena decisión optar por adquirir una franquicia, es decir, ha sido buena inversión para aumentar su patrimonio, lo que conlleva a reafirmar una vez más que la franquicia es una excelente opción de expansión de negocio siempre y cuando se tenga un orden en todos los documentos a firmar entre las partes y la correspondiente protección de los elementos configuradores de la propiedad intelectual por parte del franquiciante.

Referencias

Arrubla P., J. (2015). *Contratos mercantiles: contratos atípicos*. Bogotá: Legis.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Leyer.

Ávila, L. (2007). *Las cláusulas de protección a la propiedad intelectual en el contrato de franquicia y sus repercusiones en la libre competencia*. Recuperado de http://asociacioncavelier.com/aym_images/files/Lorena%20Avila%20segundo%20puesto.pdf

Baena U., M. (2000). *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. Bogotá: Legis.

Baena. et al. (2005). *La empresa del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonivento F., J. (2005). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.

Camacho L., M. (2005). Régimen Jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-15.

Castañeda, A., Taylor H., S., García S., R. y Polo S., V. (1999). Los contratos atípicos en Colombia. *Revista de Derecho*, 11, 93-111.

Castillo F., M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Thémis, Revista de Derecho*, (66), 209- 220.

Caves, R. & Murphy, W. (1979). Franchising: Firms, Markets and intangible assets. *Southern Economics journal*, 42, 572-586.

Celis S., A. (2004). *El contrato de franquicia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Chacón Q., E. (2001). Negocios atípicos e innominados. Apuntes para una regulación general. *Ale-Kuma*, 12, 143-156.

Chulia V., E. & Beltrán A., T. (1999). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: José María Bosch.

Ciberpyme. (2013). *Signos distintivos*. Recuperado de <http://www.cibepyme.com/minisites/colombia/es/propiedad-intelectual/propiedad-industrial/signos-distintivos/>

Comisión Europea. (1988). Reglamento (CEE) n° 4087/88 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia. *DOCE*, (359), 46-52.

Comunidad Andina. (1993). *Decisión 345. Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales*. Lima: Comisión de la Comunidad Andina.

Comunidad Andina. (1993). *Decisión 351. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos*. Lima: Comisión de la Comunidad Andina.

Comunidad Andina. (2000). *Decisión 486. Régimen Común sobre Propiedad Industrial*. Lima: Comisión de la Comunidad Andina.

Congreso de la República. (1887). *Código Civil Colombiano, Ley 57, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución*. Bogotá: Sancionado el 26 de mayo de 1873.

Congreso de la República. (1982). *Ley 23, sobre derechos de autor*. Bogotá: Diario Oficial No. 35.949 del 19 de febrero de 1982.

Congreso de la República. (1992). *Ley 32, por medio de la cual se aprueba el "Estatuto Orgánico del Instituto Internacional*. Bogotá: Diario Oficial No. 40.705., del 31 de diciembre de 1992.

Congreso de la República. (1993). *Ley 44, por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944*. Bogotá: Diario Oficial No. 40.740 de febrero 5 de 1993.

Congreso de la Republica. (1996). *Ley 256, Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal*. Bogotá: Diario Oficial No. 42.692, de 18 de enero de 1996.

Congreso de la República. (2000). *Ley 599, por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1480, por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.220 del 12 de octubre de 2011.

Congreso de la República. (2011). *Ley 1563, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

Congreso de la Republica. (2012). *Ley 1563, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

Corredor A., L. (2015). La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros. *Revista Iter Ad Veritatem*, 13, 283-320.

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-080. Bogotá. *Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz*.

Corte Constitucional. (2013). Sentencia C-934. Bogotá. *Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla*.

Cortés P., C. (1999). Negocios jurídicos atípicos y complejos. *Temas Socio-Jurídicos*, 17(37), 127-134.

De Nora Z., J. & Rivero G., C. (2010). *La planificación estratégica en el sector construcción del Estado Sucre, Municipio Sucre*. Cumaná (Venezuela): Universidad de Oriente.

Flórez G., J. (2011). Acerca de la homogenización de contratos internacionales. *Criterio jurídico garantista*, 3(4), 90-116.

Foro Internacional la Franquicia como un Modelo de Negocio Estratégico. (2006). *La franquicia: un modelo de negocio estratégico: beneficio directo de la marca*. Bogotá: Escuela Colombiana de Ingeniería.

García G., A., & Bória R., S. (2005). *Los nuevos emprendedores. Creación de empresas en el siglo XXI*. Barcelona: Universidad de Barcelona.

Hernández S., R., Fernández C., C., & Baptista L., P. (2010). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.

Hocsman, H. S. (1994). *Contrato de concesión comercial*. Buenos Aires: La Rocca.

Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado. (2005). *Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional*. Recuperado de <https://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

Kiyosaki, T. R. (2001). *Escuela de negocios*. Mexico: House Grupo Editorial.

Kursh, H. (1962). *The Franchise Boom: How you can profit in it*. Englewood cliffs. New York: Prentice-Hall.

Lecompte V., I., & Visbal O., M. (2013). La responsabilidad del franquiciante y franquiciado frente al consumidor. *Universitas Studentes*, (10), 227-250.

López G., F. (2008). *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial*. Bogotá: Temis.

Lorenzetti, R. (2004). *Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Mosquera M., F. (2010). *La Franquicia, una estrategia de crecimiento empresarial*. Medellín: Eafit.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, (2019), *¿Qué es la propiedad intelectual?*. Recuperado de <https://www.wipo.int/about-ip/es/>.

Ospina F., G. y Ospina A., E. (2002). *Teoría General del Contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Temis.

Peña N., L. (2012). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Bogotá: Temis.

Pérez G., S. (2008). *Las cláusulas del contrato de franquicia*. Recuperado de <https://www.colombiafranquicias.com/publicaciones11.html>

Pierre S., S. & Rebolledo, C. (2003). *La Franquicia en Colombia*. Bogotá: Norma.

Presidencia de la República. (1950). *Decreto 2663. Código Sustantivo del Trabajo. Adoptado por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo"*.

Bogotá: Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.

Presidencia de la Republica. (1971). *Decreto 410, por el cual se expide el Código de Comercio*.

Bogotá: Diario Oficial 33.339 del 16 de junio de 1971.

Presidencia de la Republica. (2011). *Decreto 4886, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.294 de 26 de diciembre de 2011.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: España.

Rengifo, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Serrano G., C. (2005). Negocios jurídicos atípicos en el derecho comercial. *Dixi*, 7, 110-114.

Stumpf, H. (2014). *El Contrato de Know How*. Bogotá: Temis.

Suescún M., J. (2003). *Derecho privado. Estudio de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis.

Tamayo J., J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I*. Bogotá: Legis.

Tormo A., E. (2013). *Crece en Franquicia*. España: Centro Libros.

Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil de Decisión. (1994). *Sentencia del 6 abril*. Magistrado Ponente: Juan Diego Ocampo Ramírez.

Valderrama R., C. (2013). *Perspectivas del Derecho de Consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vaugh, C. (1974). *Franchising*. Lexington, Mass: Lexington Books.

Velásquez R., C. (2008). Aspectos jurídicos del modelo empresarial de franquicia. *Foro del Jurista*, 28, 43-56.

Velásquez R., C. (2016). *Orden societario*. Medellín: Señal Editora.

Zuluaga Á., W. & Carmona C., H. (2008). *Evaluación financiera de las franquicias en Pereira bajo condición de incertidumbre*. Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira.

Anexos

Anexo A. Entrevista experto en franquicias

Nombre	Guardo Identidad
Profesión	Abogado
Cargo	Asesor jurídico de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia
Fecha de la entrevista	05/08/2019
Entrevistador	Sebastián Ortiz y Estefanía Agudelo

1. ¿Qué ventajas o bondades ofrece la figura de las franquicias frente a otras tipologías de contratos?

R/ Lo defino con una frase: “producir más con menos”, es decir, es un modelo de negocio que permite al dueño de la marca expandir una empresa y generar más ingresos con menor sacrificio y masa humana, debido a que ya existe la explotación de una marca y por consiguiente el reconocimiento en el mercado.

2. ¿Qué desventajas o aspectos negativos tiene un contrato de franquicia frente a otras formas contractuales?

R/: En la gran mayoría de contratos de franquicia se establecen cláusulas de exclusividad, pero la más clara y constante se presenta en la compra y venta de insumos entre franquiciante y franquiciado, sometiendo de esta manera al franquiciado a comprar insumos al costo que sean ofrecidos por el franquiciante, esta es una clara desventaja para el franquiciado y puede afectar sus ingresos evidentemente, considero esta la principal y más común desventaja.

3. ¿Qué motiva a la gente para optar el modelo de franquicia?)

R/ Lo más común es porque ya existe un posicionamiento de la marca y un saber hacer “Know How”, argumentando lo anterior en la dificultad que genera crear, posicionar y sobretodo mantener una empresa en Colombia por todos los temas tributarios y fiscales.

4. ¿Cómo se aborda o cuál es el tratamiento que se le da al tema de la propiedad intelectual en los contratos de franquicia?

R/ Generalmente, se suscribe un contrato de Licenciamiento de marca, donde se permite explotar la anterior en el territorio o sector donde se compró la franquicia, y adicionalmente por el lado de los secretos industriales se suscribe un acuerdo de confidencialidad donde se pacte que el “know How” transmitido al comprador de la franquicia, será utilizado únicamente para ese fin.

5. ¿Existe claridad en materia de competitividad en los contratos de franquicia?

R/ si, en el contrato de confidencialidad y en el licenciamiento de marca, se especifica la restricción de generar una competencia desleal en cualquiera de sus posibilidades.

6. ¿Considera que es necesario que exista una ley que regule la manera como deben operar las franquicias, en particular, las relaciones entre el franquiciante y el franquiciado?

R/ Sin duda alguna, estamos atrasados en esto.

7. ¿Cómo se da la distribución de responsabilidades entre franquiciantes y franquiciados en esta clase de contratos?

R/. Realmente toda o gran parte de las responsabilidades en un contrato de franquicia recaen sobre el promitente comprador o franquiciado, debido a que el franquiciante le transmite el “Good Will” y el “Know how” y el franquiciado ya debe responder por el correcto funcionamiento de la franquicia y por el pago de todas las regalías y/o cánones. (Canon de entrada, canon de publicidad y regalía mensual o anual).

8. ¿Cree usted que el legislador colombiano se encuentra rezagado frente a otros países al no haber legislado aún sobre los contratos de franquicia?

R/. Si, totalmente.

Anexo B. Entrevista franquiciado

Nombre	Rafael Mosquera
Profesión	Piloto Comercial de avión
Cargo	Propietario Cosechas centro Popayán
Fecha de la entrevista	18-07-2019
Entrevistador	Sebastián Ortiz y Estefanía Agudelo

1. ¿Qué ventajas o bondades ofrece la figura de las franquicias frente a otras tipologías de contratos?

R//. A pesar de que pagas un costo más elevado de lo normal a un modelo de negocio similar, estas comprado la experiencia, el reconocimiento de la marca y el know how. Lo cual te brinda cierta tranquilidad y estabilidad, a su vez un acompañamiento de la marca.

2. ¿Qué desventajas o aspectos negativos tiene un contrato de franquicia frente a otras formas contractuales?

R// Para ser honesto, no tengo conocimiento de las otras modalidades de contractuales.

3. ¿Qué lo motivó a franquiciar su modelo de negocio? (¿Qué lo motivó a optar por una franquicia?) (¿Qué motiva a la gente para optar el modelo de franquicia?)

R// Tener un modelo de negocio comprobado ya en el mercado reduciendo los riesgos de iniciación y la disponibilidad de tiempo que estas brindan.

4. ¿Cómo se aborda o cuál es el tratamiento que se le da al tema de la propiedad intelectual en los contratos de franquicia (en su contrato de franquicia)?

R// Se firma un contrato de confidencialidad con la marca, tanto uno como franquiciado como los empleados que uno como franquiciado contrata.

5. ¿Existe claridad en materia de competitividad en los contratos de franquicia?

R// No.

6. ¿Considera que es necesario que exista una ley que regule la manera como deben operar las franquicias, en particular, las relaciones entre el franquiciante y el franquiciado?

R// Evidentemente, sobre todo en el tema tributario sería muy necesario.

7. ¿Cómo se da la distribución de responsabilidades entre franquiciantes y franquiciados en esta clase de contratos?

R// Creería que casi toda la responsabilidad se la dejan al franquiciante, no existe distribución.

8. ¿En qué tipo de costos incurren los franquiciados cuando recurren a las franquicias?

R// Derechos de franquicia, adecuación y mejoras locativas, gastos operacionales y de apertura, contratación laboral legal, gastos tributarios, etc.

9. ¿Hoy en día, las franquicias que operan en Colombia, están cumpliendo con las expectativas de los franquiciados?

R// Hablo desde mi experiencia personal y puedo decir que desde la parte en ingresos no me puedo quejar, mas creo que la franquicia podría hacer mucho más por nosotros los franquiciados y esto mejoraría mucho la relación bilateral.

10. ¿Cree usted que el legislador colombiano se encuentra rezagado frente a otros países al no haber legislado aún sobre los contratos de franquicia?

R// No tengo conocimiento al respecto.

Anexo C. Modelo 1 de contrato de franquicia (tomado de la página web www.actualicese.com)

Entre los suscritos, de una parte (nombre del franquiciante), mayor de edad y vecino de la ciudad de (municipio), identificado con cédula de ciudadanía número (# de cédula) expedida en la ciudad de (ciudad de expedición), quien obra en nombre y representación de (nombre de la sociedad), que en adelante se denominará franquiciante, y por la otra (nombre del franquiciado), también mayor y vecino de la ciudad de (municipio), identificado con cédula de ciudadanía número (# de cédula), expedida en la ciudad de (ciudad de expedición), quien en adelante se denominará franquiciado, hemos convenido celebrar el presente contrato de franquicia, conforme a las siguientes cláusulas:

Primera. Objeto: El franquiciante, propietario de la marca (nombre de la marca objeto de contrato), registrada en la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el n.º (# de registro), 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 (indicar detalladamente la dirección) de la ciudad de (municipio).

Segunda: Derechos de entrada, uso de marca y producto: El franquiciante concede el uso de su marca y producto por la suma de (cifra en letras) (\$ cifra en números). 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 las mercancías cuando no sean fabricadas por el franquiciante; 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; y 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 concedidos por el franquiciante solo 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 del lugar de domicilio 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; y 16) 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.

PARAGRAFO: Cláusula de Exclusividad: El franquiciado se compromete a realizar la explotación del negocio en total observación de lo dispuesto en este contrato, no aplicara sistemas o procedimientos distintos a los expresamente incluidos en el Saber-Hacer (Know How) de la franquicia, ni incluirá en la oferta de su establecimiento productos o servicios no referenciados expresamente por EL PROMITENTE VENDEDOR, ni alterará la decoración del

establecimiento. Los productos adquiridos por el Franquiciado para el funcionamiento del negocio, deben ser únicamente los ofrecidos por el Franquiciante y serán destinados por éste exclusivamente para su venta minorista en los puntos de venta o su utilización en la prestación del servicio que configura la oferta de los establecimientos de la red.

Sexta. Terminación y prórroga: La duración del presente contrato será de (especificar el período), contado desde el día (...) del mes de (...) del año (...). 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.

Séptima. 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 posventa; y c) violación a cualquiera de las cláusulas del presente contrato.

Novena. Cláusula penal: Si cualquiera de las partes incumpliere una de las obligaciones a su cargo, deberá pagar a la otra la suma de (valor en letras) (\$ valor en números) a título de pena derivada de dicho incumplimiento. Décima. 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 (número de árbitros) árbitros designados conforme a la ley. Los arbitramentos que ocurrieren se registrarán por lo dispuesto en el Ley 1563 del 2012, y por 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 (municipio), a los (...) días del mes de (...) del año (...).

Franquiciante

CC.

Franquiciado

CC.

Anexo D. Modelo 2 de contrato de franquicia (aportado por uno de los entrevistados)

Entre los suscritos, xxxxxxxxxxx, mayor de edad y vecino de xxxxxxxxxxx, identificado como aparece al pie de su firma, quien obra en nombre y representación, en su calidad de gerente en ejercicio de la sociedad “xxxxxxxx S.A.”, empresa comercial, domiciliada en la ciudad de xxxxxxxx, departamento de xxxxxxxxxxx, debidamente autorizado por la junta directiva, según Acta # 00 del 00 de xxxxxxxx de 20xx, todo lo cual acredita con el certificado sobre constitución, existencia y representación legal, de una parte, quien en adelante, y para todos los efectos de este contrato, se denominará LA FRANQUICIANTE, y el señor xxxxxxxxxxx, mayor de edad y vecino de xxxxxxxxxxxxxx, identificado como aparece al pie de su firma, quien obra en nombre propio, de la otra parte, quien en adelante, y para todos los efectos de este contrato, se llamará EL FRANQUICIADO.,

MANIFIESTAN

1. Que la sociedad xxxxxxxxxxx S.A., es propietaria, con facultades para conceder franquicias, de la marca “xxxxxxxxxxx”, según registro marcario de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como de la experiencia y conocimientos técnicos necesarios para la producción, comercialización y manejo de carnes, utilizando las más modernas tecnologías.

2. Que la sociedad xxxxxxxxxxx S.A., está interesada en ampliar su ámbito y modo de operaciones bajo el régimen de franquicia.

3. Que el señor xxxxxxxxxxxx está interesado en contratar la franquicia para la explotación de xxxxxxxxxxxxxx con la marca.

ACUERDOS

PRIMERO. OBJETO.

xxxxxxxxxx S.A., nombra FRANQUICIADO al señor xxxxxxxxxxxx, establecido en la ciudad de xxxxxxxxxxxx, departamento de xxxxxxxxxxxx, quien realizará sus actividades empresariales bajo el nombre de “xxxxxxxxxxxx”, por su cuenta y con organización empresarial independiente.

Para llevar a cabo dicho negocio, las partes pactan:

1. La utilización de la marca en las condiciones establecidas en este documento, para la venta de sus productos.

2. La cesión al FRANQUICIADO de toda la experiencia técnica necesaria, que esté en posesión de LA FRANQUICIANTEA, para la óptima organización y desarrollo del negocio por EL FRANQUICIADO; incluyendo conocimientos, tecnología, soportes administrativos y secretos, que le den una ventaja competitiva con respecto de otros competidores del sector que desarrollan su negocio utilizando otras técnicas.

3. LA FRANQUICIANTEA suministrará el producto xxxxxxxxxxxx al FRANQUICIADO en las condiciones y plazos acordados con los distribuidores.

4. LA FRANQUICIANTEA le venderá al FRANQUICIADO en la proporción de xxxxxxxxxxxx.

La experiencia técnica puede incluir, sin ser exhaustivo ni excluyente:

- Aspectos de organización del negocio. Administración, contabilidad, organización de la sede del negocio, formación del personal.
- Aspectos de marketing y comercialización. Publicidad, mercadeo, promociones especiales.
- Aspectos de producción. Diseño de rótulos y señales, fabricación, compra a proveedores.
- Asistencia técnica permanente. LA FRANQUICIANTEA se obliga por este contrato a mantener al día e informar de cualquier innovación, que bien haya sido desarrollada por ella, o adquirida de un tercero, pueda incidir favorablemente en el desarrollo del negocio por EL FRANQUICIADO.

SEGUNDO. ASPECTOS ECONÓMICOS.

Por motivo de las prestaciones establecidas en este contrato se pactan dos retribuciones:

1. Canon único a la firma del contrato.

Cifrado en la cantidad de xxxxxxxx pesos (\$ 0.000,00), que se reconoce recibida por LA FRANQUICIANTEA en este acto. Este canon es simbólico debido al interés de ésta en tener un punto(s) de promoción y ventas de sus productos y del FRANQUICIADO en iniciar un negocio con esta marca, por su cuenta y riesgo.

2. Retribuciones periódicas. Canon sobre ventas brutas.

Se establece en una cantidad mensual de xxxxxx pesos m.l., (\$ 0.000,00). El valor es simbólico, por las consideraciones antes anotadas.

TERCERO. DURACIÓN.

Este contrato tiene una duración de xxxxxx (x) años y podrá ser renovado estando de común acuerdo las partes. Las condiciones de apoyo, por parte de LA FRANQUICIANTEA, serán por los xxxx años iniciales.

CUARTO. MARCO GEOGRÁFICO.

Por este contrato se concede franquicia limitada, sin exclusividad, al área de xxxxxx, para la venta de xxxxxxxx al público dentro de dicho ámbito geográfico. Cualquier venta posible en el exterior de este marco geográfico podrá realizarse por EL FRANQUICIADO siempre y cuando medie autorización expresa de LA FRANQUICIANTEA. Se prohíbe al FRANQUICIADO la realización de actividades que interfieran con el ámbito territorial de otro FRANQUICIADO al tiempo presente o futuro.

QUINTO. ESPECIFICACIONES DEL LOCAL.

EL FRANQUICIADO es consciente que la cesión de la marca xxxxxxxx implica mantener dicha marca y una buena imagen de la misma. A tal efecto, EL FRANQUICIADO mantendrá en buen orden y limpieza el establecimiento comercial donde vaya a desarrollar su negocio.

Así mismo, EL FRANQUICIADO recibirá las sugerencias de LA FRANQUICIANTEA para cualquier modificación sustancial del aspecto exterior e interior de la sede donde desarrolle su negocio.

SEXTO. MARCA

La marca xxxxxxxxxxxx, sus diseños que la desarrollan, logos y demás elementos son propiedad exclusiva en Colombia de xxxxxxxxxxxxxx S.A. Esta marca y sus elementos adicionales se ceden sólo y exclusivamente al FRANQUICIADO con el único objeto de poder desarrollar el negocio según las condiciones de este contrato, prohibiéndose expresamente cualquier uso alternativo de la misma.

La resolución de este contrato implicará el cese con carácter inmediato del uso por EL FRANQUICIADO de la marca y los elementos adicionales antes descritos.

EL FRANQUICIADO pondrá con carácter inmediato en conocimiento de LA FRANQUICIANTEA cualquier evento, acontecimiento o actuación propia o de tercero que pudiera incidir o afectar, bajo cualquier supuesto, los derechos de propiedad y disfrute de esta marca y de sus elementos adicionales por EL FRANQUICIADO o LA FRANQUICIANTEA.

SÉPTIMA. FORMA DE ACTUACIÓN.

EL FRANQUICIADO organizará su negocio o actividad profesional de la manera que estime oportuna, utilizando los medios de que disponga con total libertad. Esta independencia lo será sin perjuicio del derecho de xxxxxxxxxxxxxx S.A., a emitir instrucciones generales referidas a imagen de marca y otros aspectos comerciales de carácter general: precios recomendados, decoro, servicio al cliente, gestión de cobro (en particular, la prohibición de contratar servicios de gestión de cobro de empresas que supongan en su actuación un menoscabo en la persona del deudor o la ridiculización de los mismos).

OCTAVA. CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN.

Este contrato se resolverá por las causas establecidas en la Ley, por el incumplimiento de cualesquiera de las cláusulas contenidas en este contrato y también por el anuncio de la disolución o liquidación, la quiebra o suspensión de pagos, o la simple petición del inicio de cualquiera de estos procedimientos que afecte a las partes. Así mismo, se pacta como causa expresa de resolución la realización por EL FRANQUICIADO de actuaciones que impliquen un desprestigio o menoscabo en la imagen de o de los productos de esta.

De igual forma, será causa de resolución de este contrato, la pérdida por EL FRANQUICIADO de la posesión, por un plazo máximo de xxx meses, de un local que cumpla las especificaciones necesarias para el fiel cumplimiento de lo pactado en este contrato, en particular de lo establecido en la cláusula quinta de este contrato y situado en el marco geográfico pactado. El local donde se pretenda vender o tener la marca deberá ser autorizado por LA FRANQUICIANTEA.

La resolución se notificará por escrito con acuse de recibo al domicilio estipulado a efectos de notificaciones. La ausencia del domicilio o la falta de acuse de recibo no impedirá que la notificación se entienda realizada desde la fecha en que se haya enviado.

La resolución surtirá efectos desde su notificación, salvo que la propia comunicación establezca una fórmula de subsanación que nunca podrá ser interpretada como una modificación o novación del contrato, salvo que las partes pacten expresamente por escrito lo contrario.

Todas las causas de resolución antes mencionadas, así como la referida en la cláusula undécima (Cesión de Contrato) darán lugar a la resolución de este contrato y al pago de una indemnización por los servicios prestados, transmisión del know-how y demás elementos que forman parte de la franquicia a favor de LA FRANQUICIANTEA.

Al momento de terminar la franquicia, EL FRANQUICIADO no podrá solicitar indemnización, prima o perjuicios de ninguna naturaleza. Se tiene en cuenta que al iniciar la franquicia no pagó suma alguna por ella.

NOVENA. COMPETENCIA.

EL FRANQUICIADO se compromete a no asumir la comercialización de productos iguales a los que son objeto de este contrato, ni tampoco a realizar o contratar una franquicia similar a la que es objeto de este contrato.

Así mismo, se compromete a no asumir la comercialización de productos que puedan suponer un menoscabo en la imagen de marca y reputación de xxxxxxxxxxxx como empresa, como marca y como producto o en cualquier aspecto que tuviera relación con ella.

En estos casos, EL FRANQUICIADO notificará por escrito a xxxxxxxxxxxxx S.A., de su voluntad de iniciar la comercialización de un producto ajeno a esta, recabando la autorización expresa de ésta para el inicio de la comercialización del producto ajeno.

Las partes se comprometen a mantener en la máxima confidencialidad, durante la vigencia de este contrato y con posterioridad una vez resuelto el mismo, la experiencias que hayan adquirido en el desarrollo del mismo.

DÉCIMA. NATURALEZA DE ESTE CONTRATO.

Este contrato es de franquicia, y, tiene, por tanto, naturaleza mercantil; no tiene, por tanto, carácter laboral, ni de colaboración entre empresas de cualquier modalidad, ni joint-venture, concesión o agencia.

DÉCIMO PRIMERA. CESIÓN DE ESTE CONTRATO.

En caso de venta, traspaso, o cesión del negocio de EL FRANQUICIADO se deberá comunicar a xxxxxxxx S.A., y tener su autorización expresa y escrita.

DÉCIMO SEGUNDA. PUBLICIDAD

Las partes colaborarán en las inversiones en publicidad y demás productos de marketing que incidan directamente en el marco geográfico establecido en este contrato.

DÉCIMO TERCERA. JURISDICCIÓN.

CLÁUSULA COMPROMISORIA. Las diferencias que ocurran entre las partes con motivo de la interpretación, ejecución y cumplimiento del presente contrato serán sometidas a la jurisdicción de un Tribunal de Arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de xxxxxxx, a solicitud escrita de cualquiera de las partes

contratantes, que se sujetarán a las normas vigentes para el Arbitramento, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El Tribunal estará integrado por xxx (x) árbitro.

b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de xxxxxxxx.

c) El Tribunal decidirá en derecho.

El Tribunal funcionará en xxxxx, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de xxxxxxxxxxxx. En lo no previsto en esta cláusula, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en las normas vigentes en el momento de hacerse necesario el Tribunal de Arbitramento.

En prueba de conformidad las partes firman en todas sus páginas, en dos ejemplares del mismo tenor literal, en xxxxxxxx, a los (xx) días del mes de xxxxxxxx de dos mil xxxxxx (20xx).

C.C. # C.C. #

Gerente EL FRANQUICIADO

COMERCIAL S.A.

NIT #

LA FRANQUICIANTE.

TESTIGO

TESTIGO

C.C. #

C.C. #