



**PANORAMA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN COLOMBIA: ENTRE LAS  
ESTIPULACIONES CONTRACTUALES, EL CÓDIGO DE ÉTICA Y LA NORMA  
TÉCNICA**

**PROYECTO DE GRADO**

**LINA MARIA LOAIZA**

**Asesor de Investigación  
Dr. Fernando Gandini Ayerbe**

**UNIVERSIDAD ICESI  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
PROGRAMA DE DERECHO  
SANTIAGO DE CALI  
2012**

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Página</b>
<b>INTRODUCCION</b>	<b>3</b>
<b>CAPITULO 1: El contrato de franquicia</b>	<b>4</b>
1.1 Antecedentes y cifras	4
1.2 Definición	6
1.3 Características	7
1.4 Elementos esenciales	10
1.4.1. La marca	10
1.4.2. El Know How	11
1.4.3. Las regalías	12
1.4.4. El territorio	12
1.5 Obligaciones de las partes	12
1.5.1. Para el franquiciador	13
1.5.2. Para el franquiciado	13
<b>CAPITULO 2: Desarrollo del contrato de franquicia en Colombia</b>	<b>15</b>
2.1 La política de gobierno de incentivo a la franquicia	15
2.2. La creación del gremio de la franquicia	17
2.3. El Código de Ética de la Franquicia	18
2.4. La Norma Técnica sobre Franquicia	21
<b>CAPITULO 3: Estudio de caso laudo PANACA-SABANA</b>	<b>27</b>
3.1 Hechos	27
3.2 Principios	30
3.3 Consideraciones	34
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>41</b>

## INTRODUCCION

El formato de negocio bajo la modalidad de franquicia hace referencia a una figura contractual relativamente nueva y de importancia progresiva por ser cada vez más frecuente en el tráfico comercial y jurídico de nuestro país. Esto último se explica por diversos motivos que tienen como fundamento las necesidades económicas de globalización de los mercados. Y es aquí, en la necesidad de hacer uso de figuras jurídicas que regulen las nuevas relaciones comerciales, donde se sitúa el contrato de franquicia.

Esto, aunado al hecho que según datos estadísticos de 2010 del portal colombiano especializado en franquicias [masfranquicias.com](http://masfranquicias.com), para el 50% de los emprendedores en Colombia el contrato de franquicia representa el factor de mayor importancia a la hora de decidirse por un concepto de negocio bajo esta modalidad, sobrepasando al análisis de viabilidad con un 28%, seguido del programa de entrenamiento y el manual de franquicia, ambos con el 11% de las votaciones, cifras que nos indican que el estudio detallado de la ejecución de los contratos de franquicia en nuestro país resulta pertinente y de gran utilidad.

Como veremos también, la complejidad y particularidad del contrato de franquicia radica en el hecho de que en él confluyen una gran cantidad de elementos propios de otras figuras jurídicas reguladas en nuestra legislación y asociadas en su mayoría a los derechos de uso de propiedad intelectual, por lo cual es importante analizar en primer lugar la naturaleza jurídica de este contrato.

Adicionalmente, en el caso específico de Colombia no existe un derecho positivo que regule este tipo de acuerdos comerciales. Sin embargo, a pesar del vacío legal existente, sus cláusulas y los acuerdos que se suscriban deben estar enmarcadas por el derecho aplicable en el sistema general de los contratos, las obligaciones y los principios del Código Civil y Comercial.

Pero esto no es desconocido, el interés y la pertinencia de realizar un estudio detallado del contrato de franquicia en Colombia y la reglamentación que le es aplicable, radica en el hecho de que al ser un contrato que no tiene unas normas de derecho sustantivo que específicamente lo regulen, la importancia económica del modelo ha provocado que se desarrollen una serie de reglamentaciones, un conjunto de elementos, que intentan unificar, estandarizar y direccionar la conducta de las partes que intervienen en este tipo de contratos, con el fin único de lograr ajustar sus acciones a los acuerdos suscritos.

Así mismo, estas iniciativas, que aunque provienen de una política de gobierno no configuran aún normas jurídicas de obligatorio cumplimiento con poder coercitivo, han contado con el apoyo, ratificadas y puestas en aplicación tanto por franquiciadores como franquiciados y otros entes involucrados en el sector, interesados todos ellos en autorregular sus conductas para promover la seguridad, la confianza, la competitividad y precaver actos de competencia desleal asociados a los contratos de franquicia.

Dicho lo anterior, el objetivo que se plantea con este trabajo es ofrecer una visión sintética y actualizada del contrato de franquicia en Colombia, señalando sus características, elementos esenciales y estudiando algunos nuevos instrumentos con que se ha dotado al sector que resultan ser una base más firme de la eficiencia y seguridad jurídica con que pueden desarrollarse este tipo de acuerdos en nuestro país.

Para ello me enfocaré en primer lugar, en el estudio detallado de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia y las normas de derecho positivo que le son aplicables en Colombia. Posteriormente, en una segunda parte, haré referencia a las reglamentaciones auxiliares que se han elaborado en nuestro país para precaver con este modelo de negocio actos de competencia desleal, y que configuran dos elementos, que más allá del derecho, contribuyen en la adecuada ejecución de los contratos de franquicia en nuestro país: El Código de Ética de la Franquicia y la Norma Técnica Colombiana 5813, que establece los requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de una franquicia. Finalmente, en una tercera parte, se procederá con el estudio de un laudo arbitral que ilustra en la práctica el alcance de las características y elementos esenciales del contrato de franquicia al tiempo que ofrece unas perspectivas a destacar como pautas a seguir en la interpretación de este tipo de acuerdos.

## CAPITULO 1

### EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Este primer capítulo tiene como fin estudiar a fondo la naturaleza jurídica del contrato de franquicia desde sus elementos esenciales, normatividad aplicable y características. Aquí se pondrá además en evidencia la importancia de este modelo de negocio a través de cifras y datos asociados a la evolución histórica de la figura. Para ello el capítulo se divide básicamente en dos grandes partes, una primera que deja ver la importancia del modelo de franquicia para la creación de riqueza y una segunda dedicada al estudio detallado del contrato y de todos los elementos jurídicos que lo conforman.

#### 1. Antecedentes y cifras

El origen de la franquicia se encuentra en la Edad Media. El término francés 'franc', antecedente de 'franchise', significaba el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a algunos de sus súbditos, referido a derechos de mercado, pesca o forestales.<sup>1</sup>

En sus orígenes, la franquicia pretendió resolver el problema de la ineficaz distribución de los productos y servicios. Pero con el paso del tiempo y la complejidad del comercio en Estados Unidos y otros países desarrollados, esta figura evolucionó como una institución económica para hacer negocios independientes de forma efectiva.

Así por ejemplo, según señala el autor Ailed Morejón Grillo en su texto "El contrato de franquicia", el primer antecedente de Franquicia en los Estados Unidos fue el otorgamiento a particulares, por vía legislativa para la explotación de algunos servicios públicos o "public utilities" como en el caso de los ferrocarriles y los bancos, luego en la década de 1850 a 1860 la Singer Sewing Machine Company para dar solución a los problemas que afrontaba con la distribución de sus máquinas cambió la estructura

---

<sup>1</sup> [www.buscarfranquicias.net](http://www.buscarfranquicias.net)

básica de su funcionamiento y con ello sembró las bases del actual sistema de franquicias.

Posteriormente Coca Cola y General Motors, entre otras, comenzaron a utilizar esta manera de reproducir su negocio, recurriendo a un contrato estratégico que al tiempo de respetar la independencia de las partes, favorecía la expansión de una red de distribuidores<sup>2</sup>. Al mismo tiempo en Francia, la fábrica de lanas “La Lainière de Roubaix” trataba de asegurar salidas comerciales para la producción de una nueva planta. Y es por la importancia de estos hechos, ocurridos en Estados Unidos y Francia en forma simultánea, que se sitúan en 1929 el nacimiento del Sistema de Franquicias.

Sin embargo, a lo largo de la evolución del sistema de franquicia se han presentado diferentes formas de colaboración que han llevado a que la figura se denomine de diversas maneras y se confunda con otras clases de contratos. Pero la franquicia en los términos que hoy la conocemos, es un formato de negocio donde se involucran el conocimiento de los secretos o las técnicas patentadas para hacer las cosas, unidos a la asesoría administrativa, lo cual es una muy interesante conjunción de elementos de interesante estudio.

Ahora bien, a esta importancia histórica del modelo de franquicia podemos adicionar también datos estadísticos que ratifican la importancia de la franquicia en la actualidad. En este sentido tenemos por ejemplo, que según cifras del sector, cada quince minutos se abre en el mundo un negocio por el sistema de franquicia que puede llegar a facturar ventas por 60.000 dólares diarios, con lo cual queda más que probada la efectividad de esta figura para hacer negocios.<sup>3</sup>

En Europa, gracias al aumento del 44% del número de franquicias durante la pasada década, la industria de la franquicia en Gran Bretaña está en auge, representando 10,8 miles de millones de libras esterlinas anuales en ventas.<sup>4</sup>

Mientras que en Colombia, para el año 2010 ya existían 400 marcas franquiciadas que facturaron 4.200 millones de dólares, y que representaban para la economía 6.900 unidades de negocio<sup>5</sup>.

Con lo anterior se evidencia entonces la importancia creciente del modelo de franquicia no solo a nivel mundial sino local, siendo este un esquema de negocio que mueve millones anualmente y que es cada vez más elegido entre los empresarios. Cabe aclarar que todas estas operaciones nacen de un contrato de franquicia suscrito entre franquiciantes y franquiciados que veremos está conformado por una serie de figuras jurídicas complejas que aunadas encuentran en nuestro ordenamiento pocas normas sustantivas aplicables.

---

<sup>2</sup> [www.buscarfranquicias.net](http://www.buscarfranquicias.net)

<sup>3</sup> Tomado de publicaciones El Tiempo, en <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-227152>

<sup>4</sup> [www.spanish.franchiseeurope.com/top500/articulo/datosestadisticosdelafranquiciaenlaunioneeuropea/17/](http://www.spanish.franchiseeurope.com/top500/articulo/datosestadisticosdelafranquiciaenlaunioneeuropea/17/)

<sup>5</sup> Tomado del documento Estadísticas de la Franquicia en Colombia 2010 del portal [masfranquicias.com](http://masfranquicias.com)

## 2. Definición del contrato de franquicia

En principio, el contrato de franquicia en Colombia no se encuentra regulado, tipificado ni definido de forma expresa en alguna norma de carácter vinculante de nuestro ordenamiento. Y puesto que no existe consenso legal en nuestro país sobre esta figura, es necesario definirla en el contexto de la doctrina. Sin embargo, vale la pena mencionar que la Superintendencia de Industria y Comercio, organismo de carácter técnico orientado entre otros, a fortalecer los procesos de desarrollo empresarial y a regular las actividades comerciales en nuestro país, en concepto N° 10100863 del 15 de septiembre de 2010 enunció una breve definición de este tipo de contratos, que a pesar de no tener un carácter vinculante hace parte de los esfuerzos que desde el gobierno se han adelantado para reglamentar la práctica de la franquicia en nuestro país.

Adicionalmente, dado que el contrato de franquicia es una modalidad de distribución de orden internacional, que no surge de los ordenamientos internos sino que se impone a ellos, resulta también pertinente hacer una breve referencia a las definiciones que han adoptado las legislaciones internas de algunos países<sup>6</sup> y la normatividad internacional.

Para empezar, Marzorati<sup>7</sup> define el contrato de franquicia como: “[...] aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado “franquiciante”, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución comercial de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”.

De otro lado, el tratadista Antonio Vanegas Santoro enuncia el contrato de franquicia en los siguientes términos: “Podemos definir la franquicia como el acuerdo mediante el cual una persona llamada franquiciador otorga a otra persona natural o jurídica, llamada franquiciado, económica y jurídicamente independientes, el derecho a la distribución comercial y explotación de un producto o servicio bajo su nombre, logo, colores, secretos comerciales, programas y marca, recibiendo como contraprestación el pago de un derecho de entrada mas un porcentaje por concepto de regalías, y transmitiéndole al franquiciado, todos sus conocimientos específicos, su experiencia sobre el negocio original, la ayuda y asistencia técnica necesaria, bajo unas condiciones operativas, comerciales, administrativas, económicas y geográficas preestablecidas y controladas mediante la asistencia permanente del franquiciador.”<sup>8</sup>

En cuanto a la normatividad internacional, la Ley Modelo sobre franquicias de UNIDROIT señala: “Es una operación de franquicia la operación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el know how y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y un procedimiento que pertenece, o que es controlado por el franquiciante, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos.

---

<sup>6</sup> Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo 1, 2004, pagina 688.

<sup>8</sup> VANEGAS SANTORO, Antonio; El contrato de franquicia. Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1999, pagina 7

Y ahora, respecto de las legislaciones internas de algunos países en materia de franquicia, empecemos citando en Estados Unidos la California Franchise Investment Law, que nos ofrece esta definición: “franquicia significa acuerdo o contrato, explícito o implícito, oral o escrito, entre dos o mas personas por el cual: a) el franquiciado se le concede el derecho de actuar en el mercado de oferta, venta, o distribución de bienes o servicios siguiendo un plan de ventas o sistema diseñado en forma sustancial por el franquiciador; b) las operaciones del negocio franquiciado que desarrolle dicho plan o sistema son asociadas sustancialmente con el nombre comercial, marca, marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial representativo del franquiciador o sus afiliados, y c) se requiere al franquiciado a pagar directa o indirectamente un canon de franquicia”.

Por otro lado en Brasil, la ley 8955 de 1994 en su artículo 2º nos señala esta definición: la franquicia empresarial es un sistema por el cual un franquiciador cede a un franquiciado el derecho de uso de marca y patente, asociado al derecho de distribución exclusiva o semiexclusiva de productos o servicio y, eventualmente también el derecho de uso de la tecnología de implantación y administración del negocio o sistema operacional desarrollado por el dador.

Finalmente en nuestro país, según se indicó en el párrafo introductorio de esta parte, la Superintendencia de Industria y Comercio en concepto N° 10100863 de fecha 15 de septiembre de 2010, dando alcance a la pregunta del ciudadano Orlando Martínez Acuña, referida al tema legal y contractual de las franquicias indicó que “El contrato de franquicia consiste en el acuerdo de voluntades dirigido a la comercialización de bienes y servicios según el cual, una persona denominada franquiciante confiere a otra denominada franquiciado el derecho a ofrecer un producto o servicio por un tiempo determinado, bajo su nombre y su marca, a cambio del pago de un precio, transmitiéndole así mismo los conocimientos técnicos necesarios que le permitan comercializar determinados bienes y servicios”.

Esta última definición, aunque somera, señala la esencia y las características del contrato de franquicia y cobra especial importancia por el hecho de corresponder a la única definición que en nuestro país una entidad de orden estatal ha emitido al respecto, lo cual evidencia la latente necesidad de regular los procesos y actividades de franquicia en Colombia.

### **3. Características del contrato de franquicia**

Habiendo con lo anterior esbozado someramente qué es un contrato de franquicia, procederé en los párrafos siguientes a enumerar las principales características de este tipo de acuerdos.

En primer lugar, tenemos que el contrato de franquicia es atípico. Esto se explica ya que comprende un acuerdo de voluntades entre franquiciante y franquiciado que da origen a una relación jurídica de la cual nacen derechos y obligaciones, pero que no se encuentra regulada expresamente en nuestro ordenamiento, motivo por el cual es necesario entrar a analizar cuál es la normatividad que le es aplicable.

De una parte podríamos inferir que le es aplicable la ley mercantil. Esto ya que si se estudia el objeto del contrato de franquicia encontramos que está relacionado con las actividades señaladas en el artículo 20 del Código de Comercio como actividades de

tipo mercantil<sup>9</sup>, por lo cual le son aplicables las disposiciones generales señaladas en este código para los contratos mercantiles, afirmación que también se ratifica en el concepto N° 101000653 de la Superintendencia de Industria y Comercio que citamos previamente.

Adicionalmente, al ser con contrato atípico, no regulado por la normatividad interna, prevalecen en el acuerdo las estipulaciones de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando esta no contraríe la ley, el orden público o las buenas costumbres, siendo estas estipulaciones ley para las partes según lo establecido en el artículo 4 de nuestro Código de Comercio<sup>10</sup> y el artículo 1602 del Código Civil<sup>11</sup>.

A lo anterior debe añadirse también que son aplicables al contrato de franquicia las normas generales referidas a las obligaciones contenidas en nuestro Código de Comercio, así como los demás criterios auxiliares: la costumbre mercantil, los tratados y convenios internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.<sup>12</sup>

Otra de las características de los contratos de franquicia es que son consensuales, es decir, se perfeccionan con el acuerdo de voluntades entre las partes, tal como lo establece el artículo 1500 de nuestro Código Civil<sup>13</sup> y 824 del Código de Comercio<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Código de Comercio Colombiano, Artículo 20 – Actos, operaciones y empresas mercantiles. Son mercantiles para todos los efectos legales:

- 1) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;
- 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos;
- 3) El recibo de dinero en mutuo a interés, con garantía o sin ella, para darlo en préstamo, y los préstamos subsiguientes, así como dar habitualmente dinero en mutuo a interés;
- 4) La adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos;
- 5) La intervención como asociado en la constitución de sociedades comerciales, los actos de administración de las mismas o la negociación a título oneroso de las partes de interés, cuotas o acciones;
- 6) El giro, otorgamiento, aceptación, garantía o negociación de títulos-valores, así como la compra para reventa, permuta, etc., de los mismos;
- 7) Las operaciones bancarias, de bolsas, o de martillos;
- 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras;
- 9) La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje;
- 10) Las empresas de seguros y la actividad aseguradora;
- 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados;
- 12) Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes;
- 13) Las empresas de depósito de mercaderías, provisiones o suministros, espectáculos públicos y expendio de toda clase de bienes;
- 14) Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y las demás destinadas a la prestación de servicios;
- 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;
- 16) Las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza;
- 17) Las empresas promotoras de negocios y las de compra, venta, administración, custodia o circulación de toda clase de bienes;
- 18) Las empresas de construcción, reparación, compra y venta de vehículos para el transporte por tierra, agua y aire, y sus accesorios, y
- 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

<sup>10</sup> ARTÍCULO 4o. PREFERENCIA DE LAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES. Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.

<sup>11</sup> Código Civil, Artículo 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

<sup>12</sup> Vanegas Santoro Antonio, El Contrato de Franquicia, Ediciones Librería del Profesional, 1999, pagina 108.

<sup>13</sup> Código Civil, ARTICULO 1500. CONTRATO REAL, SOLEMNE Y CONSENSUAL. El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.



Se caracteriza además este tipo de contrato por ser bilateral, lo cual se infiere del hecho que al suscribir el acuerdo nacen obligaciones recíprocas para las partes. López Guzmán lo ilustra muy claramente al señalar que el franquiciante se obliga a transmitir un know how, a prestar una asistencia técnica, a permitir el uso de una marca, etc.,. Mientras el franquiciado se obliga a pagar las regalías, a cumplir en forma rigurosa con el manual de instrucciones dado por el franquiciante y a no revelar el secreto empresarial transmitido.<sup>15</sup>

Otra de las características señala que este es un contrato oneroso pues ambas parten pretenden una utilidad, gravándose cada una en beneficio de la otra. De un lado el franquiciante busca ampliar su sistema de distribución y abrirse a nuevos mercados mientras el franquiciado invierte en un negocio que tiene una rentabilidad casi asegurada por el prestigio de la marca. Por estas mismas razones y dado que las ventajas derivadas de este tipo de acuerdos son ciertas, es que podemos afirmar además que este es un contrato conmutativo en los términos del artículo 1498 del Código Civil<sup>16</sup>.

Podemos mencionar también que el contrato de franquicia es un contrato principal, es decir, no requiere de otro acto jurídico para su consolidación y por el contrario, es la conjunción de esa variedad de contratos y elementos subsidiarios de donde deriva su naturaleza.

Adicionalmente se considera al contrato de franquicia como de ejecución sucesiva o tracto sucesivo. Esto implica que las prestaciones a cargo de las partes van ejecutándose progresivamente según los periodos convenidos previamente en el contrato. Sobre este punto en particular señala la doctrina (López Guzmán) que el franquiciado se obliga a pagar periódicamente unas regalías o royalty, según lo convenido con el franquiciador; mientras que el franquiciante está en la obligación de prestarle al franquiciado asesoría técnica continua.

La autonomía es otra de las características del contrato de franquicia. En este tipo de contratos tanto franquiciado como franquiciante desempeñan sus funciones con autonomía, tan solo existe una obligación de entrenamiento y asistencia técnica en cabeza del franquiciante, en virtud del convenio suscrito.

También indica la doctrina que el contrato de franquicia se caracteriza por ser adhesivo. Recordemos que son contratos de adhesión aquellos en los cuales una de las partes, que generalmente tiene un poder de negociación superior, establece total o parcialmente el contenido contractual, sin mediar prácticamente negociación entre quienes suscriben el acuerdo, de modo tal que la contraparte no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar. Para el caso particular de la franquicia, Vanegas Santoro, citando a Marzorati señala que "...la franquicia es un contrato concluido con base en cláusulas predispuestas. Un franquiciador que goza de cierta reputación tiene la ventaja de que puede elegir a sus franquiciados e imponer cláusulas que le sean ventajosas".

---

<sup>14</sup> Código de Comercio, ARTÍCULO 824. FORMALIDADES PARA OBLIGARSE. Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad.

<sup>15</sup> López Guzmán Fabián, El contrato de franquicia internacional, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005, pagina 184.

<sup>16</sup> Código Civil, ARTICULO 1498. CONTRATO CONMUTATIVO Y ALEATORIO. El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

El franquiciador entrega su imagen, su marca, su nombre y un know how a una persona (franquiciado) para que se la maneje y para ello debe confiar en las calidades, la capacidad y las condiciones personales de esta. De igual forma el franquiciado está arriesgando su buen nombre para el desarrollo de un negocio por el que el ha pagado un canon o derecho de entrada y unas regalías. La mayoría de los franquiciadores establecen el carácter personal del contrato, es decir, contratan con una persona determinada de la que se han asegurado que tiene la formación y conocimientos necesarios para desempeñar con éxito su labor como franquiciado.<sup>17</sup>

Resumiendo lo anterior tenemos entonces que el contrato de franquicia se caracteriza por ser atípico, consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo, autónomo, adhesivo e intuitu personae. Así mismo podemos dejar claro en este punto que en el contrato de franquicia prima la voluntad de las partes según el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, a este acuerdo también le son aplicables las normas de derecho sustantivo relativas a las actividades de tipo mercantil consagradas en el Código de Comercio y las asociadas a las obligaciones contenidas en el Código Civil, así como todos los demás criterios auxiliares de interpretación de la ley.

#### **4. Elementos del contrato de franquicia**

Ahora bien, una vez señaladas las características del contrato de franquicia, nos dedicaremos en este acápite a estudiar los elementos esenciales y tipificantes de esta figura contractual, que de acuerdo a las definiciones antes planteadas, se encuentran asociados a los derechos de uso sobre los bienes de propiedad intelectual que recaen en cabeza del franquiciador y son otorgados al franquiciado. Estos son:

##### **4.1 La marca**

Uno de los más esenciales elementos del contrato de franquicia es la marca. Esta hace referencia a cualquier signo apto para distinguir productos o servicios comercializados por una persona en el mercado.

La marca es fundamental en el contrato de franquicia ya que según el nivel de reconocimiento que esta tenga en el mercado se determina en gran parte el valor del canon de entrada a cargo del franquiciado para hacer uso de determinada franquicia. Es así como para una marca desconocida o poco notoria el valor de la franquicia es más reducido, existen menos candidatos a franquiciados, las exigencias del franquiciador también suelen ser menores y las posibilidades de éxito son más pequeñas<sup>18</sup>.

En la práctica el franquiciador, titular de la marca que distingue sus productos o servicios en el mercado, puede autorizar a los franquiciados mediante un contrato de licencia a explotar la unidad franquiciada de dicha marca. No se trata de una cesión, ya que el franquiciador no se desprende de la exclusividad absoluta del derecho, sino más bien se limita o se restringe al franquiciado a ciertos derechos, conservando el franquiciador el control de la marca y los derechos expresamente transmitidos.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Vanegas Santoro Antonio, El contrato de franquicia pagina 117

<sup>18</sup> Vanegas Santoro Antonio, El contrato de franquicia

<sup>19</sup> López Guzmán Fabián, El contrato de franquicia internacional, pagina 427.

Sobre este aspecto en particular señala Marzorati que la licencia de marca incluida en el contrato de franquicia, generalmente implica:

1) derecho del franquiciado a usarla en sus negocios con las restricciones específicas sobre modo, lugar y límites geográficos; 2) reserva del derecho del franquiciador a usar la marca y a otorgar licencias a terceros; 3) derecho del franquiciador a introducir cambios en la marca; 4) compromiso de cooperación del franquiciado para prevenir infracciones a la ley de marcas.<sup>20</sup>

Cabe mencionar que para los contratos de franquicia que se suscriben en nuestro país, el registro de las marcas debe realizarse ante la división de signos distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio, el registro otorga al propietario de la marca una protección por 10 años, pero cabe señalar que los Convenios Internacionales relacionados a la Propiedad Industrial exigen que la cobertura de las marcas sea por país, luego si se quiere proteger una marca a nivel mundial se debe tramitar aquella país por país.

## 4.2 El Know-how

Uno más de los elementos esenciales del contrato que aquí estudiamos es el Know-how, también conocido como el “saber hacer” o “savoir faire”, que hace referencia al conjunto de conocimientos que posee el franquiciador a través de sus años de experiencia, relativos al cómo desarrollar el modelo de negocio.

El contenido de este know – how, según señala Lorenzetti<sup>21</sup>, hace referencia también a un conocimiento práctico, específico, probablemente exitoso, reproducible y original de modo tal que una de las partes esté dispuesta a pagar por su utilización. La condición de practicidad y especificidad hacen referencia no a un conocimiento teórico sino a uno aplicable y comercializable, específico para un mercado en particular. El que sea “probablemente exitoso”, refiere a una experiencia previa segura, que ha demostrado un éxito comercial y que otros quieren replicar pero que además debe ser actualizado y constantemente perfeccionado pues el franquiciador debe adaptar sus productos y servicios al mercado del lugar de la franquicia.

En la práctica, el contenido del know how señala Vanegas Santoro debe ser voluminoso, detallado y variado; se reproduce mediante manuales operativos que describen minuciosamente los procedimientos y hacen referencia a las formas de organización, mercadeo, finanzas, contabilidad, sobre la formación previa a la apertura y durante el desarrollo de la franquicia y de la asistencia técnica que comprende la selección, adecuación y decoración del local, estudio de mercadeo, estudio financiero y publicidad, promociones, relaciones públicas, sistema de elaboración de los productos, atención al cliente, signos distintivos, normas de seguridad, limpieza, niveles de calidad de los productos, etc.

Cabe destacar que estos Manuales Operativos cobran gran importancia dentro del modelo de la franquicia ya que a través de sus normas y procedimientos es que se desarrolla y regula la relación comercial entre franquiciador y franquiciados.

---

<sup>20</sup> Marzorati Osvaldo, Derecho de los negocios internacionales, Editorial Astrea, 2003, pagina 101

<sup>21</sup> Lorenzetti Ricardo Luis, Tratado de los Contratos, Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pagina 692

### **4.3 Las regalías**

Uno más de los elementos que encontramos esenciales para que se configure el contrato de franquicia es el pago de regalías y/o del canon de entrada del franquiciado al franquiciador.

Esta indica Marzorati, es la forma de retribuir al franquiciante los servicios y la asistencia que brinda al franquiciado. Por lo general, debe pagarse una suma de dinero al franquiciante al principio de la relación y una regalía durante el transcurso de ella. Es por esto que los contratos internacionales de franquicia generalmente incluyen en la retribución al franquiciante: 1) una suma inicial para ingresar en el sistema, o derecho de entrada; 2) regalías o pagos periódicos por servicios; 3) pagos por el entrenamiento del franquiciado, y 4) tarifas suplementarias por otros servicios (auditorias e inspecciones, asistencia en la administración, consultas, etc).

Estos pagos o inversiones que debe asumir el franquiciado deben quedar previstos en el contrato de franquicia con el fin de dejar expresamente consignadas las obligaciones que está contrayendo por el derecho a usar una marca y recibir un know how, acompañado de la respectiva asistencia técnica.

Ahora bien, al momento de determinar el monto a pagar por el ingreso a la franquicia, fijado por el franquiciador, es necesario estudiar la capacidad del mercado, el renombre y prestigio de la franquicia, su rentabilidad promedio, etc.; mientras que para establecer el valor de las regalías se atiende es al volumen de ventas esperado.

Cabe aclarar finalmente sobre este punto, que aunque lo antes descrito es la regla, no todas las franquicias establecen estos pagos, algunas no tienen canon de entrada y otras no cobran regalías periódicas.

### **4.4 El territorio**

Otro elemento que encontramos esencial en el contrato de franquicia es el territorio. Lo anterior si tenemos en cuenta que la franquicia hace referencia a un derecho sobre una zona de exclusividad otorgado a un franquiciado que en desarrollo de su actividad mercantil espera explotar el mercado asociado al área. El territorio es importante entonces ya que indica la zona de exclusividad o zona del territorio que el franquiciador concede al franquiciado para que explote su marca y desarrolle su negocio, debe estar estipulada en el contrato de franquicia y respetarse de forma estricta pues puede ser causal de resolución del contrato.

El territorio es también un elemento esencial ya que puede determinar la legislación interna aplicable al contrato de franquicia según el espacio en que se suscriba el acuerdo.

## **5. Obligaciones de las partes**

De otra parte, una vez analizados los elementos esenciales y las características del contrato de franquicia, resulta indispensable entrar a estudiar las obligaciones de cada una de las partes durante la ejecución del contrato. Lo anterior cobra especial importancia si recordamos el hecho que el contrato de franquicia es un contrato atípico, que no se encuentra regulado en nuestra legislación y donde al primar el

voluntad de las partes, se debe tener muy en cuenta su interés y hasta donde se obliga cada uno de los contratantes en forma expresa en el documento de suscripción. Esto, con el fin de registrar por escrito su voluntad y obtener con el contrato un documento guía para resolver los inconvenientes que pudieran resultar durante la ejecución del acuerdo.

Vale aclarar que las obligaciones específicas de las partes varían según el tipo de franquicia que se trate y el mercado donde se desarrolle, sin embargo la doctrina es reiterada indicando que las más comunes versan sobre el alcance de las partes en los siguientes aspectos:

### **5.1 Obligaciones para el franquiciador**

-Haber explotado con éxito su concepto de negocio durante un período de tiempo razonable, antes de poner en marcha la red de franquicia. El éxito de este primer negocio será el que determine el prestigio, valor de la marca creada y garantía para el franquiciador.

-Dar a conocer el sistema y la ingeniería adecuada a usarse en el negocio, es decir, suministrar al franquiciado el Know-how, las técnicas, instrucciones y el sistema para operar la franquicia. Esto se hace efectivo mediante la entrega al franquiciado de los manuales operativos que deben explicar en detalle el procedimiento a seguir para el desarrollo efectivo de la actividad franquiciada. Además, de ser necesario, el franquiciador brindará la formación profesional suficiente para operar el sistema en cuenta a la comercialización del producto, las ventas y las técnicas para promocionarlo, formación acerca de los procedimientos (como preparar y vender los productos), formación sobre el uso de equipos y servicios, sobre la administración del negocio (pautas contables, sobre inventarios, registros, detalles financieros, etc.).

-Otorgar también formación y asistencia técnica continuada durante toda la vigencia del contrato al franquiciado. Esto debe realizarse tanto en la parte previa e inicial del acuerdo como durante toda la etapa de desarrollo del negocio. Tiene fin que la franquicia desarrolle y mejore sus sistemas, conservando el nivel competitivo originario.

-Ser propietario o tener los derechos legales de uso del nombre comercial, la marca y otros elementos distintivos de identificación para permitir al franquiciado el uso de estos derechos de propiedad industrial e intelectual. Solo de esta forma podrá adjudicarse el derecho a explotar una unidad de negocio franquiciado.

-Otorgarle al franquiciado el ámbito de exclusividad territorial o zonal en el cual se llevará a cabo el negocio.

-Controlar la calidad de los productos ofrecidos. Esto no solo con el fin de ofrecer al mercado productos de calidad sino para conservar el prestigio y características de la marca.

### **5.2 Obligaciones para el franquiciado**

Ahora bien, si son numerosos los aspectos sobre los cuales recaen obligaciones en cabeza del franquiciador, veremos que de esta misma forma existen obligaciones para

el franquiciado que deben quedar claras en el acuerdo de voluntades y que pueden versar sobre:

-Dar cumplimiento con la mayor rigurosidad posible a lo establecido en los manuales de operación suministrados sobre los distintos aspectos que configuran la operatividad de la franquicia. Para ello será necesario que se ajuste a las instrucciones de comercialización y técnicas del franquiciante, manteniendo un esquema de atención al público, ajustando el sistema informático y contable a los requerimientos y contratando el suministro de materias primas con personal idóneo.

-No desempeñar ni directa ni indirectamente un comercio similar en un territorio en el que pueda representar competencia para alguno de los miembros de la red de franquicias.

-Proteger el Know-How del franquiciador guardando la debida reserva o secreto de toda la información suministrada y no utilizarla para actividad distinta a la explotación de la franquicia.

-Asistir a los cursos de formación, dar cumplimiento al programa de entrenamiento y encaminar todos sus esfuerzos para la puesta en marcha de todas las indicaciones impartidas por el franquiciador en aras de hacer prosperar el negocio (en cuestiones como administración, mercadeo, publicidad, etc.).

-Realizar en los tiempos estipulados el pago de las cuotas correspondientes al canon de entrada y/o de las regalías, que como mencionamos entre los elementos esenciales del contrato, corresponden en su orden a una tasa inicial por entrar a la cadena o por adquirir el derecho de utilización de la franquicia y el segundo a una cuota parte periódica calculada en función de la venta bruta del negocio franquiciado.

-Respetar los acuerdos de confidencialidad y abstenerse de seguir utilizando el nombre y /o la marca una vez concluida la relación contractual

## CAPITULO 2

### DESARROLLO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN COLOMBIA

Ahora bien, una vez analizado el contrato de franquicia en sus características, elementos esenciales, normatividad aplicable y obligaciones de las partes, resulta especialmente interesante enfocar nuestro estudio en el desarrollo particular que esta figura contractual ha tenido en nuestro país como consecuencia de una política de gobierno dirigida a impulsar el modelo de franquicia. Por lo tanto, en las páginas que componen este segundo capítulo se estudiará, en una primera parte, la política nacional de regulación de otras formas de comercio que eligió la franquicia como formato de negocio perdurable para incentivar su desarrollo en el sector empresarial y se listarán las acciones que fueron planteadas para lograr este cometido. Las partes siguientes de este escrito se dedicarán a estudiar en detalle estas iniciativas: en una la consolidación de un gremio de empresarios de la franquicia, posteriormente la creación del Código de Ética de la Franquicia y en una última parte la Norma Técnica Colombiana de la Franquicia, referida a los requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de una franquicia.

#### **1. La política de gobierno dirigida a incentivar el modelo de franquicia en Colombia.**

Como se señaló en la primera parte de este escrito, la importancia económica que las franquicias han mostrado desde sus inicios se evidencia en la cantidad de empleos que genera el sector y los ingresos que produce. De igual forma resulta atractivo el modelo por la existencia de un riesgo menor para empresarios que desean invertir en negocios que ya han demostrado un éxito anterior, factores todos estos que han hecho que la suscripción de contratos de franquicia sea cada vez mas frecuente.

Sin embargo, a pesar del potencial que representa este modelo de negocio para el desarrollo económico, persiste en nuestro país la necesidad de un régimen normativo que desde el derecho sea capaz de regular las relaciones entre franquiciados y franquiciadores, aspecto que gran parte de países europeos y latinoamericanos ya han superado, contando estos con una normativa específica aplicable a este tipo de acuerdos, que se traduce en una mayor seguridad jurídica y confianza entre los empresarios del sector.

En nuestro país, como se observó en los párrafos referidos a las características del contrato de franquicia, tenemos que estos acuerdos se han regido, como en cualquier contrato atípico, por el Código de Comercio, la ley civil y las estipulaciones de las partes.

Y aunque en la práctica este tipo de contratos no ha generado en nuestro país muchos inconvenientes por encontrarse el sector apenas en etapa de crecimiento, resulta indispensable un compilado de normas sustantivas que regulen las relaciones entre franquiciados y franquiciadores.

Esto ya que mientras los franquiciados quieren tener una información completa y veraz sobre el negocio antes de tomar la decisión de unirse a una franquicia y obtener los beneficios prometidos por el franquiciante, estos últimos temen compartir sus conocimientos y marcas ya que pueden ser utilizadas de forma irresponsable y sin recibir las regalías estipuladas. Por lo anterior, el clausulado de los contratos de

franquicia puede caer en prácticas monopólicas, situación que de no ser regulada buscando un equilibrio entre las partes, podría ocasionar que esta figura vaya desapareciendo por la falta de protección que se le da al titular de la propiedad industrial y/o por los abusos que el titular de dichos derechos pueda ejercer.

Y dado que según el artículo 332 de nuestra Constitución Nacional tenemos que “(..) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. (...)”

El estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. (...)

El Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.(...)”, es entonces claro que está a cargo del Estado regular acerca de las franquicias, con el fin de proteger la competencia económica e incentivar un modelo de negocio que ha mostrado claros resultados.

Y fue por esto que el Gobierno Nacional adoptó una política de expansión empresarial enfocada en el modelo de franquicia, que a la fecha se ha concretado en unos intentos normativos que pretenden reducir la incertidumbre respecto al vacío legal existente en materia de regulación de este tipo de contratos.

Esta política viene desarrollándose desde el año 2003, cuando el Gobierno Nacional mediante el Decreto 210 de Febrero 3 de 2003, le asignó funciones al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, encomendándole formular, implementar y hacer seguimiento a la política nacional de regulación de otras formas de comercio y fue aquí donde fue escogido el modelo de la franquicia como una excelente alternativa de expansión empresarial. Los objetivos a nivel político para incentivar este modelo de negocio se encaminaron a:

1. Contribuir con la difusión en el ámbito nacional del Sistema de Franquicias, buscando la expansión empresarial más perdurable bajo este formato de negocio.
2. Participar en la mejora de la Competitividad de este Sector empresarial nacional e internacionalmente.
3. Promover, en consenso con el Sector, normas y procedimientos que permitieran la eliminación de prácticas que desfavorecieran a alguna de las partes del sistema.

Como acciones concretas para el desarrollo estas políticas, el Ministerio de Comercio, a través de la Dirección de Regulación implementó básicamente tres actividades que fueron:

1. Difusión del Sistema de Franquicias con el apoyo de las Cámaras de Comercio y Empresas de Consultoría Privada.
2. Proceso de normalización voluntaria del tema de franquicia para el año 2005.
3. Presentación ante Planeación Nacional de un Proyecto de Inversión en el Sistema de Franquicias para ejecutarse durante el año 2005.

Sobre esta primera y segunda actividad centraremos nuestra atención, dado que es de aquí que derivaron las acciones que incentivaron la creación de una Asociación Colombiana de Franquicias, la elaboración tanto del Código Ética de la franquicia y la Norma Técnica Colombiana de la Franquicia que constituyen al día de hoy un

---

<sup>22</sup> [www.mincomercio.gov.co](http://www.mincomercio.gov.co)



conglomerado de principios, guías y buenas prácticas que por analogía deben contemplarse al momento de suscribir, interpretar y ejecutar un contrato de franquicia en Colombia.

A manera de conclusión de esta parte podemos afirmar que el modelo de franquicia como política de expansión empresarial desarrollada por el gobierno cobra especial interés por los avances que a nivel del Derecho y de la normas que regulan el contrato de franquicia se vienen presentando, pues constituyen una modalidad nueva, cambiante y moralista de regular las relaciones entre franquiciados y franquiciadores.

## **2. La creación de la asociación de empresarios de la franquicia.**

Si observamos el proceso de evolución del modelo de franquicia alrededor del mundo, tenemos que la creación de asociaciones de Franquicias ha sido de los primeros pasos para formalizar y reglamentar este formato de negocio. Con el nacimiento de estas instituciones se crea un órgano encargado de agrupar a los empresarios de la franquicia, que también es garante y respalda la protección de los intereses del grupo, así como el encargado de promover la seguridad, la confianza y el desarrollo del sector.

En el caso de Europa, la Federación Europea de Franquicias (EFF) fue creada en 1972. Esta es una organización internacional sin ánimo de lucro que representa, promueve y defiende los intereses de la franquicia en Europa, promueve la ética comercial de la franquicia a las partes interesadas y estudia detalladamente la relación de franquiciados y franquiciadores. A esta Federación se encuentran afiliadas 17 asociaciones nacionales de franquicias, cada una de las cuales representa la organización acreditada de franquicias dentro de su país. La Federación actúa como única representante de la industria de la franquicia en Europa, tiene el papel de portavoz a la hora de explicar el significado y las implicaciones de la ética de la franquicia a las partes interesadas y observa cualquier legislación que afecta a la franquicia, en particular a las operaciones europeas, y hace sugerencias sobre legislaciones para asegurar que la actividad empresarial y el derecho a establecer contratos de franquicia no sea afectado por ninguna legislación nueva con referencia al tema<sup>23</sup>.

Ahora bien, como acabamos de ver, entre las acciones encaminadas a fomentar el modelo de franquicia como política de gobierno en nuestro país, el primer paso se enfocó en la consolidación de un gremio oficial de la franquicia, denominado Grupo Empresarial Fenalco Franquicias (GEFF)<sup>24</sup> que hace parte de FENALCO. Esta sigla corresponde a la Federación Nacional de Comerciantes, que es una entidad gremial de carácter civil y privado que actúa de acuerdo con las leyes Colombianas, sin ánimo de lucro, encargada de fomentar el desarrollo del comercio y de orientar, representar y proteger sus intereses dentro de un criterio de bienestar, que reúne a los comerciantes particulares que realizan actividades mercantiles ajustadas a las leyes y a los principios de la moral y la ética comercial<sup>25</sup>. En el grupo específico de Franquicias, la agremiación tiene como fin contribuir para activar el desarrollo sectorial y empresarial de las franquicias, así como impulsar el estudio objetivo y científico de este modelo

---

<sup>23</sup> [www.eff-franchise.com](http://www.eff-franchise.com)

<sup>24</sup> Lo que usted debe saber para adquirir una franquicia en Colombia, LFM Consulting – Leaders For Management para el convenio entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO-2010

<sup>25</sup> [www.fenalcobogota.com.co](http://www.fenalcobogota.com.co)

colaborando en el entendimiento del contrato desde una perspectiva no solo económica sino sobre todo jurídica.

Sin embargo, a pesar de la gran importancia del papel que desarrolla el GEF como institución, el mayor interés radica en el hecho de que un franquiciador Colombiano que pertenezca al Grupo gana reputación por ejercer una conducta responsable y ética en su franquicia. Y esto no solo a nivel nacional sino internacional ya que así como el GEF es el organismo acreditado para reunir a franquiciadores y franquiciados a nivel nacional, esta institución se encuentra afiliada a la Federación Iberoamericana de Franquicias, que aglutina varios de los países latinoamericanos<sup>26</sup>, legitima el modelo de franquicia que desarrollan sus asociados y les representa en el concejo mundial de franquicias<sup>27</sup>.

Como consecuencia de lo anterior el futuro franquiciado que desee suscribir un contrato de franquicia con alguno de los miembros del GEF contará con el respaldo mismo de la Asociación, tendrá una certeza mayor que el modelo de franquicia que ofrece el franquiciador es real, que se ajusta a los parámetros técnicos, económicos y legales necesarios para que funcione, logrando con esto que los contratos de franquicia que se suscriban entre estas partes encuentren un marco de transparencia, legalidad y buena fe. Esto favorece en cierta medida la escogencia de este modelo de negocio, activa el sector y respecto al acuerdo de voluntades, logra disminuir la incertidumbre sobre el vacío en materia de derecho positivo que regule este tipo de contratos, pues parte el acuerdo de la buena fe contractual respaldada en el gremio y de la conducta responsable y ética de sus miembros.

De acuerdo con esto tenemos hoy en el contrato de franquicia que se suscribe en Colombia un ejemplo de cómo la confianza en las instituciones y sus miembros, y la buena fe que enmarque la etapa precontractual puede reducir la incertidumbre respecto al vacío legal existente en alguna materia.

### **3. Redacción del Código Deontológico o de Ética de la Franquicia**

Otro de los frentes en los cuales se adelantaron acciones para implementar la política de gobierno de fomento de la franquicia en nuestro país fue el desarrollo de un Código Deontológico de la franquicia, con el fin de asegurar una competencia leal entre las partes mediante el ejercicio de Buenas Prácticas.

A manera de introducción sobre este aspecto cabe recordar que la deontología hace referencia principalmente al ámbito de la moral, a las conductas y acciones del hombre que no forman parte de las hipótesis normativas del derecho vigente y que no están sometidas al control de la legislación pública. Sin embargo, las normas dictadas en un código deontológico o de ética son previamente pactadas y aprobadas de manera común y unánime por todos los miembros de un conglomerado, por lo cual se constituyen en un mecanismo de autorregulación de carácter vinculante para este colectivo en aras de establecer unas pautas de conducta, un nivel de exigencia y un adecuado ejercicio de la actividad desarrollada.

---

26 Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Guatemala, México, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela  
27 [www.portalfiaf.com](http://www.portalfiaf.com)

El primer antecedente que en este sentido menciona la literatura<sup>28</sup> de la franquicia ocurre en 1972, cuando la Federación Europea de Franquicias (EFF) creó el Código de Ética Europeo de la Franquicia. Este corresponde a una recopilación de disposiciones que define una conducta justa de las franquicias en Europa y orienta a los franquiciadores sobre las pautas de procedimiento a seguir en la ejecución del contrato de franquicia. Con este Código de Ética como base, la EFF ayuda a proteger a la industria de la franquicia, asegurándose de que todos sus miembros siguen el Código. La conformidad con el Código significa que la asociación de cada miembro mantiene la práctica justa de la franquicia en Europa y que los miembros autónomos de cada país están de acuerdo con las prácticas recomendadas.

En el caso de Colombia, en el marco de la política para incentivar el modelo de la franquicia y con el apoyo de varios organismos interesados, se siguió el modelo normativo y la experiencia de otros países que llevan largo tiempo experimentando este formato de negocio.

Fue así como el GEFF<sup>29</sup>, con el apoyo del Ministerio de Industria y Comercio y en asociación con las Cámaras de Comercio de las distintas ciudades del país, enunció en el año 2009 un marco normativo que puede ser aplicado al contrato de franquicia por vía de analogía. Este consistió en un Código Deontológico o de Ética de la Franquicia, un código voluntario, de buenas costumbres y de buena conducta para los usuarios de la franquicia en nuestro país.

Este Código fue el resultado de la revisión efectuada sobre los distintos códigos deontológicos o de ética de la franquicia de países que llevan años ajustando este modelo a las prácticas económicas de sus países. En su redacción el Gremio decidió acoger los postulados del Código Deontológico de la Federación Europea de Franquicias (EFF) por ser el más cercano a lo establecido en la misión y visión del Grupo Empresarial Fenalco Franquicias (GEFF).

El Código de Ética de la Franquicia en Colombia menciona los principios rectores del ejercicio de este modelo de negocio, define cuáles deben ser las obligaciones del franquiciante y del franquiciado, las pautas éticas a seguir para la contratación de franquiciados, la publicidad e información de las franquicias, las pautas para entregar una Circular Uniforme de Franquicias, a la cual los franquiciantes en Colombia no están obligados por ley a hacerlo, no obstante la tendencia internacional para la profesionalización de las franquicias la recomienda para cubrir a manera de lista de chequeo los diferentes aspectos de lo que la franquicia cubija<sup>30</sup>.

Este Código, que en su totalidad es fundamental para establecer pautas de buena conducta en el ejercicio de la franquicia, fue inspirado en los mismos principios que dicta nuestra Carta Política y en algunas normas de derecho sustantivo. A continuación se transcriben algunos apartes del mismo junto con los artículos de nuestra legislación a los cuales hace referencia.

Sobre las obligaciones de las partes, el código de Ética de la Franquicia establece:  
“En los casos en que aplique, incluir en los contratos de franquicia la cláusula compromisoria con el fin de resolver las controversias que se susciten entre franquiciante y franquiciado, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones o

---

<sup>28</sup> [www.franquiciadirecta.com](http://www.franquiciadirecta.com)

<sup>29</sup> [www.mincomercio.gov.co](http://www.mincomercio.gov.co)

<sup>30</sup> Lo que usted debe saber para adquirir una franquicia en Colombia, LFM Consulting – Leaders For Management para el convenio entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO-2010.

interpretación del alcance de éstas. Las partes deberán agotar todas las vías necesarias para resolver de manera amistosa, de buena fe y con buena voluntad, sus quejas y disputas.

En caso de que el franquiciante considere que alguno de sus franquiciados ha cometido infracciones al contrato de franquicia, que por su gravedad no ameriten la terminación inmediata del mismo, dicho franquiciante deberá comunicarlo por escrito a su franquiciado, y éste le concederá un plazo razonable para solucionarlo”.

La anterior mención claramente hace referencia y tiene fundamento en la ley 640 de 2001 que establece las normas generales aplicables a la conciliación, así como en el decreto 1818 de 1998 que reglamenta los mecanismos alternativos de solución de conflictos y establece en su artículo 117 el Pacto arbitral<sup>31</sup> y en el 118 la cláusula compromisoria<sup>32</sup>.

En cuanto a la captación de franquiciados, publicidad e información, el Código señala:

“Toda publicidad dirigida a los potenciales o futuros franquiciados deberá estar libre de ambigüedad y de manifestaciones engañosas. Todo material de captación, propaganda y publicidad de franquicias asequible públicamente, que haga referencia directa o indirecta a posibles futuros resultados, cifras o beneficios económicos de los franquiciados, deberá ser objetivo y no engañoso.

Antes de la firma de cualquier contrato de franquicia o acuerdo de compromiso de adquisición de franquicia, el franquiciante deberá suministrar a sus potenciales o futuros franquiciados una copia del presente Código de Ética, así como un documento contentivo de la información técnica, comercial y financiera de la franquicia, que en adelante y para todos los efectos de este Código de Ética se denominará circular Uniforme de Oferta de Franquicia.”

En este punto podemos afirmar que las anteriores disposiciones del Código de Ética derivan de nuestras normas de derecho sustantivo contenidas en el actual Estatuto del Consumidor (decreto 3466 de 1982), que establece las reglas aplicables a las propagandas en su artículo 14<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> ARTICULO 117. PACTO ARBITRAL. Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

<sup>32</sup> ARTICULO 118. CLAUSULA COMPROMISORIA. Se entenderá por cláusula compromisoria, el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan seguir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral.

Si las partes no determinaren las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto, se entenderá que el arbitraje es legal.

PARAGRAFO. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.

<sup>33</sup> ARTICULO 14. MARCAS, LEYENDAS Y PROPAGANDAS. Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad o idoneidad hayan sido registradas de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3º a 7º del presente Decreto o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializadas, según el caso.

Finalmente, en cuanto a los principios que el Código de Ética de la Franquicia establece deben aplicarse a los contratos de franquicia, encontramos pertinente destacar lo siguiente:

“El contrato de franquicia suscrito deberá ajustarse a la legislación colombiana vigente y a lo previsto en este Código de Ética.

El contrato deberá estipular la obligación del franquiciado de respetar los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciante, y de mantener la identidad y la reputación comunes del sistema de franquicia, a través de la estandarización.

El contrato de franquicia deberá establecer sin ambigüedades las obligaciones y responsabilidades respectivas de las partes, y todas las demás condiciones relevantes de la relación de franquicia”.

En este contexto puede entonces evidenciarse la importancia y pertinencia de este Código de Ética de la franquicia para el Derecho y para la interpretación de los contratos de franquicia en nuestro país. Si bien este es un Código de buenas prácticas y de buena conducta, con los apartes arriba señalados se observa claramente que fue inspirado en los mismos principios de nuestra Carta Política y de las normas contenidas en nuestro derecho positivo.

Por lo anterior, podemos concluir sobre este punto que el Código Deontológico o de Ética de la franquicia no representa únicamente un listado de principios y valores rectores de la actividad de la franquicia en nuestro país, sino que conforma un conjunto de reglas y normas perfectamente aplicables como criterio auxiliar de interpretación de los contratos de franquicia que se suscriban enmarcados por este Código.

#### **4. El desarrollo de una Norma Técnica Colombiana sobre franquicia**

Como anotamos en la introducción de esta segunda parte, entre las distintas acciones desarrolladas por la política estatal de fomento del modelo de franquicia en nuestro país, se contempló el proceso de normalización voluntaria. El primer paso fue la redacción del Código de Ética de la Franquicia, que estudiamos en párrafos anteriores, sin embargo, cabe anotar que con esto los esfuerzos por establecer normas convencionales no pararon. Enseguida fue desarrollada una Norma Técnica Colombiana que entró a establecer los requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de una franquicia, que será nuestro objeto de estudio en las siguientes líneas.

Para empezar cabe señalar que hacia el año 2003 el gobierno solicitó al ICONTEC como Organismo Nacional de Normalización<sup>34</sup> que dentro del programa anual incluyera el tema de la franquicia, con el fin de que en la vigencia del año 2004 se adelantaran las acciones necesarias que condujeran a la obtención de una normativa voluntaria como un Código de Buenas Prácticas, una Guía Técnica Colombiana (GTC) ó una Norma Técnica Colombiana (NTC) aplicable en el Sistema de Franquicias, con aspectos técnicos preferiblemente certificables y conducentes a mejorar la competitividad del sector tanto nacional como internacionalmente.

---

<sup>34</sup> Decreto 2269 de 1993

Así entonces, el Código de Buenas Prácticas o Código Deontológico de la Franquicia en Colombia, se consolidó hacia el año 2009. Pero dado que este es solo un manual de buenas costumbres y buena conducta para los usuarios de la franquicia y no es en sí una norma jurídica sino un instrumento para que las decisiones que tomen ambas partes se entiendan y practiquen con eficacia y honestidad, los esfuerzos continuaron y el 15 de diciembre de 2010 fue ratificado por el Consejo Directivo del ICONTEC<sup>35</sup>, organismo nacional de normalización, la Norma técnica Colombiana NTC 5813 que establece los requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de una franquicia en Colombia.

Llegados a esta punto vale recordar que según definición del artículo 2 del decreto 2269 de 1993, una NORMA TECNICA es un documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado. Adicionalmente, las normas técnicas se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia y sus objetivos deben ser los beneficios óptimos para la comunidad.

De acuerdo a lo anterior podemos entonces preguntarnos si una norma de esta categoría presta alguna utilidad para el Derecho y en este caso en particular en donde radica la importancia de una Norma Técnica de la Franquicia para los contratos que se suscriban en nuestro país.

Pues bien, para explicar cual fue la necesidad que motivó la expedición de una Norma Técnica de la Franquicia por parte del ICONTEC, sus implicaciones en el Derecho y aplicación en los contratos de franquicia en Colombia, es necesario empezar recordando que en nuestro país la legislación en materia de franquicia presenta un vacío importante. Como pudimos observar en la primera parte de este escrito, donde en detalle se indicaron las obligaciones de cada una de las partes, puede inferirse que existe cierto desequilibrio en la relación contractual de la franquicia, que consiste en un poder dominante en cabeza del franquiciador. Esto ya que mientras el franquiciante tiene el dominio de la relación contractual por ser el titular del know how, de la licencia de marca, de todos los derechos de propiedad intelectual que el modelo de franquicia exige, y que son todos intangibles por los cuales recibe considerables remuneraciones (canon de entrada, regalías mensuales, etc.), el franquiciado hace un voto de confianza y arriesga su capital para entrar en un negocio y seguir las indicaciones que cómo desarrollar el modelo según los manuales de la franquicia, la asistencia técnica que ofrece el franquiciador y asumiendo grandes responsabilidades de tipo fiscal, laboral y civiles. Esto trae como consecuencia que muchas empresas que no cumplen con los requisitos mínimos quieran franquiciar su idea de negocio, ocasionando de esta forma graves consecuencias a nivel jurídico por los incumplimientos a nivel contractual de los acuerdos. Fue por esto que se observó, como en muchos sectores, la necesidad de implementar un sistema de Certificación de Calidad, que garantizara al potencial franquiciado que todas aquellas empresas franquiciadoras en aplicación de dicha certificación cumplen los requisitos para poder franquiciar, tanto en los aspectos de información precontractual como en los referidos a capacidad de organización, formación, asistencia y gestión de la red, logrando con esto brindar un marco de transparencia y confianza en el desarrollo de los negocios de franquicia, pero en esencia, tratando de precaver actos de competencia desleal.

Así mismo, para el caso particular de la NTC 5813, como en adelante denominaremos la Norma Técnica de la Franquicia en Colombia, encontramos que para su elaboración se buscó la participación de gran parte de los agentes involucrados en el sector de la

---

<sup>35</sup> Norma Técnica Colombiana NTC 5813

franquicia. De acuerdo al prólogo del escrito de la NTC 5813, para lograr este objetivo se buscó la participación de diferentes empresas franquiciadas y franquiciadoras, firmas consultoras, Cámaras de Comercio, Ministerio de Industria, etc, quienes colaboraron a través de los diferentes comités técnicos y en consulta pública en la redacción de la Norma, para obtener de esta manera una reglamentación ajustada a las necesidades y exigencias del sector de la franquicia y lograr disminuir el vacío legal que persiste sobre la materia.

Y es en este último punto que cobra también especial importancia la existencia de una Norma Técnica de la Franquicia en nuestro País. Esto ya que cuando los propios agentes del mercado o un gremio como en este caso, diseñan las formas de regular sus relaciones contractuales de acuerdo a sus necesidades, nos encontramos ante la figura de un contrato, de obligatorio cumplimiento para quienes las suscriben, según el principio de la autonomía contractual que señala nuestro Código de Comercio en su artículo 4.

Con lo anterior tenemos entonces que la NTC 5813 tiene un carácter vinculante para el conjunto de participantes que conforman el gremio de franquicias, que colaboraron en la elaboración de la mencionada Norma, que conformen en un futuro el GEFF y todas aquellas empresas franquiciadoras que ratifiquen su aplicación.

De esta forma, la NTC 5813 que marca los lineamientos técnicos para las empresas que franquician su concepto de negocio, viene en nuestro escenario a proporcionar elementos de credibilidad y confianza que fortalecen la fiabilidad ante los actuales y futuros franquiciados en Colombia, brindando un marco de transparencia durante la negociación de la franquicia, un mayor grado de confianza en cuanto al sistema de normas y principios aplicables al contrato y que configura además un criterio auxiliar en la interpretación de los contratos de franquicia que en adelante se suscriban en nuestro país.

La NTC 5813 está estructurada en 4 partes, una primera que enuncia el objeto de la Norma y una segunda parte que hace referencia a los términos y definiciones que pueden encontrarse durante el desarrollo del contrato de franquicia. La tercera parte, que es el grueso de la Norma, menciona los requisitos que debe cumplir el franquiciador para poder franquiciar su idea de negocio, y finalmente, la cuarta parte, indica los elementos mínimos que debe contener el contrato de franquicia.

Por considerar que la tercera y cuarta parte de la NTC 5813 son las de mayor importancia, realizaré en los párrafos siguientes una breve mención del contenido de la Norma en estos apartes con el objeto de evidenciar su pertinencia y utilidad para el Derecho.

La tercera parte de la NTC establece los requisitos que debe cumplir el franquiciante para franquiciar su concepto de negocio y dada la importancia de su cumplimiento para poder franquiciar la idea de negocio, resulta importante entrar a mencionarlos en este punto. Así entonces los requisitos que debe cumplir el franquiciador según la NTC5813 para poder ofrecer en el mercado su franquicia son:

- Tener un modelo de negocio y un know how. El primero debe llevar como mínimo un termino de operación de dos años continuos, debe ser rentable, replicable y transmisible, el empresario debe contar con la capacidad, competencia e idoneidad para ofrecer la asistencia técnica mientras que el “saber hacer” debe ser secreto, práctico, sustancial, estandarizado, etc.
- La formalización de la empresa, que hace referencia a que el franquiciante debe ser el titular de la licencia sobre el conjunto de derechos de propiedad

intelectual, titularidad que debe demostrarse mediante certificación o con los medios probatorios que señale la ley. Así mismo indica que para ser franquiciador se debe estar debidamente inscrito en el Registro Mercantil y cumplir la legislación vigente y obligaciones legales de la actividad comercial que desarrolla.

- Tener claro el modelo tipo de franquicia que se otorgará (producción, distribución, servicios, mixta, etc.)
- Contar con herramientas que permitan demostrar la viabilidad financiera del negocio a franquiciar indicando con claridad las inversiones iniciales a realizar, los requisitos legales exigidos (permisos, licencias), los pagos al franquiciado, la rentabilidad de la operación, volúmenes de venta, etc.
- Disponer de una planeación del desarrollo de la red de franquicia, es decir, tener establecidas estrategias, elementos e incluso un cronograma para la estructuración e implementación del modelo de negocio así como una descripción exacta del territorio sobre el cual se otorgarán los derechos, los criterios de escogencia de los franquiciados y las políticas de mercadeo.
- Planeación detallada de la asistencia técnica, durante la preapertura, apertura y toda la vida operativa de la franquicia, las áreas y actividades en las cuales se prestará la asistencia, el procedimiento, los tiempos, el programa de entrenamiento inicial y de capacitaciones periódicas.
- Contar con un plan de aprovisionamiento que indique las políticas de compra, la identificación de los productos y servicios requeridos por la franquicia, las clases de proveedor autorizado, la forma, procedimientos y criterios de compra.
- Disponer de un manual de operaciones de la franquicia con el cual sea posible transmitir todo el conocimiento y la experiencia para el correcto manejo de todas las unidades del negocio (manejo administrativo, operativo, equipos, talento humano, ventas, servicio al cliente, mercadeo, publicidad, etc).
- Documento informativo del cual se hará entrega al futuro franquiciado en la etapa precontractual, con la identificación del franquiciante, su experiencia en la operación y en el otorgamiento de franquicias, historial de procesos judiciales enfrentados pro el franquiciador, descripción detallada de la franquicia, alcance de los derechos referidos al territorio y la clientela, termino de vigencia del contrato, prorrogas, transferencias y causales de terminación del contrato, obligaciones de confidencialidad y exclusividad, pagos del franquiciado al franquiciador durante la operación dela franquicia, derechos de propiedad intelectual que se otorgan, descripción general de las obligaciones del franquiciante, obligaciones del franquiciado y datos que permitan evaluar la viabilidad financiera de la franquicia, entre otros. Este documento informativo indica la Norma debe entregarse posteriormente a la firma de una acuerdo de confidencialidad entre las partes.

Finalmente, la NTC 5813 establece en su última parte los elementos básicos que debe contener un contrato de franquicia en nuestro país. Para empezar, menciona que “todo contrato de franquicia debe constar por escrito y cumplir con la reglamentación vigente aplicable” y sus clausulas deben hacer expresamente mención a:

- El modelo de negocio franquiciado
- Las condiciones de uso de la licencia
- El régimen de asistencia técnica



- Vigencia y territorio sobre el cual se concede el derecho de uso de la franquicia.

Adicionalmente, la Norma indica que existen otros aspectos que pueden incluirse en el contrato cuando estos apliquen, como son:

- La exclusividad tanto a favor del franquiciante (restricción de participar en negocios iguales) como del franquiciado (sobre un territorio).
- Delimitación de productos y servicios ofertados en la franquicia
- Determinación de proveedores.
- Confidencialidad de no divulgar información fuera del marco del contrato de franquicia.
- Remuneración al franquiciante.
- Obligaciones del franquiciado (estricta aplicación del know how, hacer uso de los derechos de propiedad industrial licenciados, realizar la adecuación y montaje del local, dar inicio a las operaciones en las fechas establecidas, tratar de obtener el mayor grado de estandarización con respecto al resto de la red, entre otras).
- Obligaciones del franquiciador (otorgar licencia de uso de la marca, brindar capacitación y asistencia técnica, transmitir el know how, mantener las condiciones ofrecidas en la etapa precontractual).
- Causales de terminación del contrato, renovación o prorrogas.
- Clausula arbitral.

A manera de conclusión sobre este capítulo tenemos entonces que tanto el Código Deontológico de la Franquicia como la Norma Técnica 5813 conforman en la actualidad un conjunto de herramientas que contribuyen en la adecuada ejecución e interpretación de los contratos de franquicia que hoy se suscriben en nuestro país.

Sin embargo, a pesar de la importancia de estos nuevos elementos con que se ha dotado escenario comercial y legal de la franquicia, su alcance es limitado pues adolecen de carácter vinculante para ser aplicados a TODOS los contratos de esta naturaleza.

Recordemos que como bien se mencionó en puntos anteriores la elaboración de estos instrumentos se produjo como resultado de una política de gobierno encaminada a incentivar la franquicia como modelo de crecimiento empresarial y en colaboración con el conglomerado de franquiciadores y franquiciados. Por ello, estos instrumentos son en parte el reflejo de las necesidades del sector. Necesidad que se vió traducida por una parte en establecer un listado de principios y valores que tienen como fundamento la buena fe contractual, que resulta indispensable para regular la conducta de las partes desde la etapa precontractual, partiendo de un deber ser pero que no resultan de obligatorio cumplimiento y menos aún que configuren mandatos con fuerza coercitiva. De esta misma forma, la NTC 581, ratificada por el ICONTEC a finales de 2010 cobra mucha utilidad como criterio auxiliar de interpretación de los contratos de franquicia pero adolece de carácter vinculante si no se pacta específicamente en el contrato. El texto mismo de la Norma indica en su objeto: “Esta norma es de carácter voluntario y esta dirigida a franquiciantes y franquiciados.”

Así mismo cabe resaltar que por expreso mandato legal (Decretos 767 de 1964 y 2416 de 1971) el ICONTEC tiene como misión promover, desarrollar y guiar la aplicación de Normas Técnicas Colombianas y demás documentos normativos para la obtención de

una economía óptima de conjunto, el mejoramiento de la calidad y facilitar las relaciones cliente-proveedor a nivel empresarial, nacional o internacional. Dadas estas facultades, la NTC 5813, a pesar de su contribución reglamentando los aspectos que debe contener un modelo de franquicia para poder franquiciar su modelo de negocio, es voluntaria, carece también de carácter vinculante y poder coercitivo.

Cabe aquí mencionar que en nuestro sistema solo son normas imperativas las que emanan de autoridades con potestad reglamentaria, en este caso del legislativo, y que son objeto de publicación en textos oficiales. Estas corresponden al conglomerado de normas de derecho positivo que conforman nuestra legislación, integrada por la Constitución, la ley en sentido material (leyes expedidas por el Congreso, tratados internacionales y decretos con fuerza de ley), los actos administrativos de orden nacional, las ordenanzas y acuerdos.

Sin embargo, el Código Deontológico de la Franquicia y la Norma Técnica 5813, herramientas establecidas por organismos consultivos y por grupos privados como hemos visto, aunque solo son normas técnicas de cumplimiento voluntario, que tienen como finalidad definir cualidades de la franquicia, cuentan con la importante capacidad de ofrecer un panorama de mayor seguridad jurídica para franquiciadores y franquiciados siempre y cuando estos voluntariamente y con la asesoría adecuada acojan este tipo de normativas.

Para ello es necesario hacer énfasis, conocer y difundir este tipo de herramientas entre los nuevos empresarios que quieran conformar el sector. De aquí entonces la importancia de una asesoría adecuada a las partes, y de nosotros como futuros abogados, en hacer ver a los contratantes que en adelante suscriban este tipo de acuerdos, la necesidad de acogerse a estos nuevos criterios, desde el inicio de la etapa precontractual de la franquicia, tanto al Código Deontológico y la Norma Técnica, pues son estas normativas la base más firme de la eficiencia y seguridad jurídica de quienes intervienen y la manera más efectiva de evitar litigios.

Y como consecuencia de la posibilidad que hoy tienen los partes que suscriban contratos de franquicia para acoger voluntariamente estas nuevas normativas, está implícita la capacidad con que se encuentra hoy dotado el sector para cambiar el carácter atípico del contrato de franquicia. Es decir, con estas nuevas herramientas están dados los elementos para que de una práctica reiterada del sector allanándose a estas normas se genere costumbre y el contrato de franquicia en Colombia pueda cambiar su carácter atípico.

## CAPITULO 3

### **PANACA VS. SABANA: RESOLUCION DE UN CONFLICTO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y DE LA NATURALEZA DE MUTUA COLABORACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Llegados a este punto resulta entonces claro que en Colombia el contrato de franquicia no se encuentra regulado por una ley específica. Sin embargo el Estado con la colaboración de los mismos empresarios pertenecientes al gremio ha implementado una serie de mecanismos y herramientas que configuran una protección tácita de los intereses de las partes que suscriben este tipo de acuerdos, todos ellos derivados del principio de la buena fe precontractual y contractual. Pero la importancia de este principio va más allá y cobra mayor interés cuando se observa que de los pocos laudos arbitrales que pueden consultarse sobre el tema, los fallos emitidos por los tribunales son en equidad y enmarcados por este mismo principio, como se evidencia en el caso que a continuación se analiza. Cabe señalar que una más de las razones que llevó a la escogencia del análisis del presente laudo radica en que el escrito ofrece una serie de consideraciones que contribuyen en el entendimiento de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia e ilustran en la práctica la complejidad y grado de colaboración entre las partes que exige esta figura jurídica.

El presente capítulo se divide en cuatro partes, una primera donde se explica brevemente al lector qué es un laudo arbitral y se enuncian los hechos de la demanda y la demanda de reconvención; en la segunda se analizan las consideraciones del Tribunal sobre los principios que enmarcan su fallo y la naturaleza jurídica del contrato de franquicia; en la tercera parte se estudian las particularidades y el alcance que debe tener el Know-how que se transmite en la ejecución de este tipo de acuerdos y finalmente en una cuarta y última parte se enuncia la decisión del Tribunal para este caso en particular.

Como metodología en este capítulo se extractarán algunos apartes del mencionado laudo que progresivamente serán analizados, relacionados con los dos capítulos anteriores de este escrito y finalmente complementados con aportes personales.

Como información útil al lector el laudo arbitral en su totalidad puede ser consultado en a través de la página [xa.yimg.com/kq/groups/18041107/1027667069/name/Laudo](http://xa.yimg.com/kq/groups/18041107/1027667069/name/Laudo)

#### **1. El arbitraje y los hechos que configuran el caso PANACA –SABANA**

Para empezar, resulta pertinente recordar someramente en que consiste el arbitraje y porque se esta aquí analizando un laudo.

La Ley 446 de 1998 consagró el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias para resolver los conflictos que se derivan de las relaciones contractuales de una forma más ágil y tendiente a descongestionar la jurisdicción ordinaria. Estas diferencias son resueltas por un Tribunal de Arbitramento conformado por uno o varios Arbitros mediante un fallo denominado Laudo Arbitral. Estos árbitros son particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, (Art. 116 Constitución Política), pueden ser designados por las partes de común acuerdo, por la Cámara de Comercio, o por un tercero. El fallo que profiere el tribunal puede ser en derecho, en equidad o técnico, en el presente caso nos encontramos ante un fallo en equidad, en el cual los árbitros resuelven fundamentando sus decisiones en criterios valorativos, principios de equidad, en las prácticas o usos comunes de la

actividad (en este caso la buena fe) y en el sentido común producto de la experiencia (en este caso la conservación de la empresa).

Adicionalmente, como lo ha señalado nuestra Corte Constitucional<sup>36</sup>, tenemos que el arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, entendiéndose como la capacidad de renuncia o de disposición frente a ciertos litigios que son definidos por la ley, difiere la solución del conflicto a un tribunal arbitral en lugar de acudir a la justicia ordinaria.

Y a esto se añade, como puede leerse en el capítulo segundo de este escrito, que según la Norma Técnica de la Franquicia 5813 los contratos de franquicia deben contener una cláusula arbitral para que en el evento que surjan conflictos derivados del acuerdo, estos sean dirimidos por la justicia arbitral, como sucede en el presente caso.

Ahora bien, de otro lado tenemos que el laudo arbitral emitido como fallo que pone fin a las controversias generadas entre el franquiciador PANACA y el franquiciado SABANA resulta ser de interesante estudio para poner en evidencia que las decisiones de los tribunales de arbitramento en Colombia que resuelven controversias derivadas de contratos de franquicia se hilvanan principalmente alrededor del principio de buena fe contractual de las partes.

Como hechos que motivaron la conformación del tribunal de arbitramento del presente caso tenemos que el Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. (PANACA) suscribió un contrato de franquicia con el Parque Agropecuario de la Sabana S.A. (SABANA) en el 23 de Septiembre de 2005 con el fin de otorgar por 30 años una franquicia con carácter exclusivo dentro de la zona de influencia de la Sabana de Bogotá, del modelo de parque temático PANACA, que ofrece un modelo de interacción del hombre con la zoología doméstica en la zona de Quimbaya (Quindío). En el referido contrato se estipularon una serie de obligaciones para cada uno de los contratantes, como las estudiadas en la primera parte de este escrito y referidas principalmente a la trasmisión del Know how por parte del franquiciador y al pago de unas regalías como obligación a cargo del franquiciado.

Según los hechos de la demanda (PANACA) y la demanda de reconvenición (SABANA) las partes incumplieron mutuamente sus obligaciones por un sinnúmero de factores que en el escrito del laudo se señalan así: *“La solicitud básica que plantea la convocante al tribunal es la terminación del contrato de franquicia por incumplimiento de la convocada, punto en el que debe estudiarse si los incumplimientos imputados a SABANA (i) existieron y tienen la gravedad que se requiere en una ejecución de buena fe como para tener un juez que llegar al remedio tan extremo que se solicita (terminación del contrato), y (ii) si el incumplimiento o incumplimientos que se invocan tienen fuerza contractual suficiente para que pueda despacharse esa solicitud.”*

Específicamente PANACA refería los siguientes incumplimientos por parte de SABANA:

No pago de regalías.

No estimuló el turismo ecológico.

No implementó la estructura organizacional según los manuales de operaciones.

No realizó ferias, eventos agropecuarios y culturales que incentivarán la visita al parque.

---

<sup>36</sup> Sentencia C-330 de 2000 – Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

Al no cumplir con todo lo antes mencionado no se atrajo el flujo de visitantes proyectado, generando un bajo rendimiento económico y un umbral muy bajo para el cálculo de las regalías.

Todas estas circunstancias planteadas pueden resumirse básicamente en que SABANA no actuó con la suficiente diligencia para desarrollar el modelo de negocio ni se allanó a las indicaciones de los manuales de franquicia.

Por su parte, SABANA una vez notificada decidió incoar demanda de reconvencción argumentando que el Know.how transmitido por PANACA no fue suficiente ni adecuado para reproducir con éxito el modelo de parque temático franquiciado, ocasionando el negocio enormes sobre costos y siendo esta la causa por la cual a la fecha no se habían cancelado las regalías. Para el Tribunal el problema a resolver consistió en determinar si *“los incumplimientos que la reconviniente le imputaba a la reconvenida se resumían a que (i) el Know How que se le transfirió como parte de las prestaciones de la franquicia a cargo de PANACA no resultaba apto (suficiente; eficiente; adecuado) para el buen suceso de la franquicia; (ii) los sobrecostos en que habría incurrido en la construcción del parque y el valor de unas modificaciones ordenadas por PANACA durante la ejecución de la obra y, (iii) por la pretermisión específica de unas determinadas obligaciones de hacer (innovación de espectáculos y gestión de patrocinios), estando lo grueso del daño por el que reclama constituido por los sobrecostos, incluidos los costos financieros, en que tuvo que incurrir SABANA en la construcción de la obra (el Parque)”*.

De esta forma se planteó la controversia que se estudia en el presente caso, sin profundizar mucho en el detalle de todos los hechos que motivaron el mutuo incumplimiento; ya que lo que nos ocupa principalmente es destacar los argumentos y consideraciones del tribunal que enmarcados por el principio de la buena fe contractual de las partes llevaron a un fallo en equidad.

## **2. Los principios marco del fallo y las consideraciones sobre el contrato de franquicia**

Una vez planteados los problemas jurídicos a resolver en el presente caso, el Tribunal procedió a plantear explícitamente su posición, enunciando los principios que serán sus herramientas en la solución del presente conflicto y refiriendo una serie de consideraciones especiales que deben contemplarse en el caso, dadas las características especiales del contrato de franquicia y de las partes.

*“De cara a las pretensiones de ambas partes (Demanda y Reconvencción), se debe precisar y tener en cuenta, en el caso que nos ocupa, (i) que ambas partes son profesionales (comerciantes) especializados, con un nivel de formación y cultura empresaria por encima del que tiene el buen padre de familia; (ii) Que ambas partes tuvieron que ejercer el deber de informar así como el derecho de pedir información; (iii) Que siendo atípica la franquicia, este contrato lo es de manera especial por la naturaleza de los servicios franquiciados y de los bienes aportados por el franquiciante; (iv) Que se trata de la primera experiencia contractual de PANACA en su intento de expandir, bajo esta modalidad, su esquema empresarial de prestación de unos determinados servicios (muy especiales), por lo que resulta razonable suponer que debía proceder con la mayor flexibilidad y prudencia; (v) que en este tipo de*

*contrato las partes deben desplegar un extraordinario grado de colaboración recíproca (en este caso); (vi) y, como lo ha precisado la mejor doctrina, los incumplimientos, las demoras, los desfases de ejecución de las prestaciones, no pueden considerarse dentro del esquema de los contratos de cambio, sino de los contratos asociativos (nuevamente en sentido lato) y de colaboración empresaria.*

*La anterior es la perspectiva que el tribunal considera pertinente y adecuada, fundada en los principios rectores de **lo “que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”** (artículo 1621 del C. C.), **la buena fe** (artículo 870 del C. Co.) y **la conservación de la empresa**, para valorar el comportamiento de ambas partes en la controversia que los enfrenta, todo ello dentro de **una reflexión en derecho y con sentido de justicia**.*

*En las consideraciones que siguen el tribunal procede, igualmente, de acuerdo con una línea jurisprudencial inequívoca de la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional en lo que guarda relación con **el principio de la buena fe elevado a mandato constitucional, con espectro o fuero en toda clase de actuaciones** (estatales, privadas, judiciales y administrativas). “*

A la luz de lo anterior se observa que la dinámica de interpretación de los contratos de franquicia en Colombia se enmarca en principios superiores emanados de la Ley misma, entre ellos el de mayor importancia “la buena fe contractual elevado a mandato constitucional” y que permea todo tipo de actuaciones. De aquí entonces la utilidad de que el sector de franquicias cuente con herramientas como el Código Deontológico y la NTC 5813, que incentiven buenas prácticas alrededor de los principios de transparencia, buena fe y reciprocidad. Encaminando la conducta de las partes hacia estos principios se tiene la convicción de que la transparencia del mercado es la base más firme de la eficiencia y seguridad jurídica de quienes en él intervienen así como la manera más efectiva de evitar litigios, y en el entendido que si llegaren a presentarse controversias, estas se estrían resolviendo en el marco de estos mismos principios, de antemano conocidos por los contratantes.

Así mismo, el Tribunal consideró necesario determinar si los incumplimientos de SABANA “tienen la gravedad que se requiere en una ejecución de buena fe como para tener un juez que llegar al remedio tan extremo” de decretar la terminación del contrato; y para PANACA, si el know how transmitido era “suficiente, eficiente, adecuado” para el éxito del nuevo parque. Con esto se vislumbró el camino a seguir de las consideraciones siguientes del Tribunal, quedó claro que el estudio de los hechos que configuraban los incumplimientos alegados por las partes no se analizarían desde una perspectiva exégeta y retrograda, apegada solo a las normas y al derecho, sino que tomaría en consideración la importancia y suficiencia de aquellas conductas, realizaría una ponderación y una graduación de estas partiendo de la buena fe contractual con que las partes actúan en el desarrollo de contratos de esta naturaleza.

Como consecuencia de lo anterior, se infiere que el oficio de interpretación de los contratos de franquicia se traduce entonces en buscar en el fondo de las actuaciones de las partes, revelar la intención real al pactar un acuerdo de este tipo, graduando la gravedad, la pertinencia y ponderando la suficiencia de sus actos en el desarrollo del objeto inicialmente contratado. Y no resulta suficiente que se incurra en una irregularidad para que opere, de inmediato y sin otra perspectiva una norma de

derecho positivo que seguramente no se encontrará ajustado a la realidad del acuerdo inicial<sup>37</sup>.

Con el ánimo de reforzar esta última tesis el Tribunal procede posteriormente a enumerar unas precisiones alrededor del contrato de franquicia, la estructura de las prestaciones debidas, el comportamiento esperado de las partes y las consideraciones a tener en cuenta para la interpretación del acuerdo, que vale la pena dejar plasmados ya que ayudan en el entendimiento de la naturaleza jurídica de este tipo de contratos.

El primero de ellos señala que los contratos de franquicia no se limitan escasamente a un intercambio de bienes y/o servicios, más que esto, se constituyen en un “**contrato marco**”, **de colaboración recíproca, pero donde se conserva la independencia de las partes.**

- “Estos contratos hay que estudiarlos como verdaderos **contratos marco**, y es impropio concebir el contrato de franquicia para “un simple tránsito bilateral sinalagmático de bienes y capital”. En estos contratos la estructura de **cambio** se sustituye por la **colaboración**, y sin que se conforme una sociedad es procedente su afiliación a los contratos asociativos (en sentido lato), sin que la colaboración comercial que ello implica suponga la convergencia de intereses, pero sí “la existencia de un deber recíproco de ayuda y actuación coordinada”.
- “si bien existe un deber recíproco de colaboración y actuación coordinada, el franquiciatario no pierde su autonomía empresaria, todo lo contrario, está obligado a desplegar su propia iniciativa en la gestión del negocio encomendado respetando, obviamente, la filosofía y política del respectivo negocio.”

Y derivada de esta misma independencia de las partes recuerda el Tribunal que cada uno de los empresarios, por sus calidades especiales, debe estar en la capacidad de evaluar el modelo de negocio y derivar de su voluntad libre e informada la decisión de tomar el riesgo que un contrato de esta naturaleza representa.

- “El contrato de franquicia, como contrato de colaboración que es, vincula entre sí partes paritarias que, aunque asimétricas con respecto a su grado de conocimiento del negocio determinado que va a ser su objeto, no lo son en su capacidad de análisis y crítica de los supuestos del negocio, de la validez o verosimilitud de esos supuestos o de su entorno comercial, de su veracidad y de su pertinencia. Por ello, salvo que medie maniobra engañosa, ocultamiento de

---

<sup>37</sup> “Según el máximo tribunal colombiano, *la gravedad del incumplimiento* no puede analizarse de forma absoluta, sino para cada caso en concreto, determinando las circunstancias específicas que para cada situación en cuestión lleven a establecer que la inejecución, efectivamente, frustró de manera manifiesta y definitiva las expectativas del acreedor insatisfecho. Así pues, ante una demanda de resolución, el juez debe entrar a analizar la utilidad económica del contrato cuyas obligaciones fueron incumplidas: en caso de inejecución parcial, tiene que determinar si la prestación cumplida procura un beneficio serio al acreedor, el cual se establece en función de la utilidad económica que éste podía esperar del contrato –método retrospectivo-; y, en la hipótesis de la inejecución total, el juez tiene que entrar a establecer si la conservación del contrato le reporta una utilidad representativa al acreedor –método prospectivo-” – Cita de Fabricio Mantilla y Francisco Ternera, “*La resolución*”, en “*Los contratos en el derecho colombiano*”, Legis-Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 253

información que la buena fe obligue a revelar, o circunstancias que configuren dolo o culpa grave, la celebración del contrato incorpora dentro de los riesgos propios de la actividad mercantil las deficiencias de prospección y análisis en que hayan podido incurrir

Uno más de los conceptos a destacar de este laudo sobre la naturaleza jurídica del contrato de franquicia indica que este tipo de acuerdos no se ejecutan de manera instantánea, es decir, sus resultados solo se observan en el largo plazo, por lo cual **las circunstancias extraordinarias e imprevisibles que dificulten el cumplimiento de las obligaciones** y que contempla la ley como causales de revisión y/o terminación **deben ajustarse a la realidad y magnitud del acuerdo.**

- *“Se trata de contratos de lenta maduración en su ejecución, en los que deben preverse mecanismos contractuales de ajuste distintos de las revisiones del art. 868 del C. de Co. (por “circunstancias extraordinarias, imprevista o imprevisibles”), y en los que deben tener las partes contratantes una gran flexibilidad para buscar la adecuación del texto contractual a las exigencias de la vida real, esto es, a las circunstancias propias de cada actividad empresaria.”*

Y sobre la característica especialísima del contrato de franquicia de contener elementos propios de otras figuras jurídicas pero conformar ella misma una **figura autónoma tanto en su naturaleza como en su interpretación y resolución**, el Tribunal indica:

- *“La franquicia no es un contrato de cambio propiamente hablando... sino un híbrido entre los contratos de disposición y los contratos organizativos. Aunque posee elementos de licencia de propiedad industrial, de representación, y del contrato asociativo, éstos no son elementos absorbentes con capacidad para totalizar el régimen del negocio en una subsunción, sino sólo rasgos de una institución autónoma sui generis, que exige el tratamiento de los ocasionales conflictos en relación al modelo de solución racional más próximo del ordenamiento jurídico, conforme a su naturaleza jurídica”.*

Adicionalmente, en cuanto al grado de responsabilidad que atañe a las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, señala el Tribunal que esta llega hasta la culpa leve ya que:

- *“El contrato de colaboración en que consiste la franquicia es un contrato de aquéllos que se celebran en beneficio recíproco de las partes, lo que conduce a que el grado de responsabilidad que a cada de ellas compete en la ejecución del mismo y en el cumplimiento de las obligaciones a que recíprocamente están obligadas, sea el de la culpa leve es decir, “... la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios*



*propios*”. Esto es en general predicable para todas las prescripciones de la especie contractual bajo examen”.

El Tribunal es además reiterativo en señalar que los contratos de franquicia no son textos inamovibles y que siempre, dentro de la más exigente buena fe de empresarios y asesores, “es necesario tratar de que ellos reflejen lo que las partes en sus efectivas circunstancias pueden hacer.” Para ello señala que es necesario *“sentarse a revisar los términos de sus contratos y sus equivalencias patrimoniales e introducir los ajustes y correcciones que sean necesarios, obrando con base en los mismos elementos bien conocidos del artículo 871 del C. de Co.[buena fe contractual], y si esas salvaguardas no se consignaron en el texto contractual, nada impide que en ejercicio de la autonomía de la voluntad procedan a introducirlas antes de tener que llegar a soluciones compulsorias y generales”*

Y se ratifica luego el anterior planteamiento en los siguientes términos: *“los textos contractuales no son para atrincherarse en ellos y convertirlos en fuente de ejercicios jurídicos apabullantes de la otra parte, o perturbadores de las empresas implicadas, y una ejecución contractual como la que nos ocupa, alrededor de un objeto especialísimo, de largo plazo, y primeriza para ambas partes en tema de Franquicias, puede resultar, especialmente al comienzo, vacilante, imperfecta, diferente del plan de trabajo originalmente concebido o, como ocurrió en este caso, muy alejada de las expectativas comerciales del franquiciante y del franquiciado, sin que las partes hayan tenido la tolerancia y prudencia que se necesitaba para revisar el contrato y adecuarlo a las realidades económicas y financieras por ambas percibidas y culposamente soslayadas.”*

Finalmente, respecto a las prerrogativas que pudieron haberse estipulado en la etapa precontractual del negocio de franquicia, el Tribunal recuerda que estas, al no haber sido trasladadas al contrato no son de su competencia pero que su incumplimiento bien puede derivar una responsabilidad extracontractual que el afectado podría reclamar ante las instancias correspondientes.

- *“Es obvio para el Tribunal que las actuaciones precontractuales de las partes y aquellas conductas observadas por ellas en la negociación misma del contrato que no hayan sido conducidas al entramado obligacional, si bien pueden ser origen de responsabilidad para aquella que haya inobservado los deberes que le impone el principio de buena fé en la celebración de los contratos, constituyen una materia litigiosa excluida de la cláusula compromisoria que da lugar a la conformación del Tribunal. No obstante ello, los antecedentes del contrato deben ser cuidadosamente escrutados a efectos de poder conocer el alcance jurídico del clausulado así como para evaluar la conducta de los contrayentes en cuanto es susceptible de acarrear consecuencias a cargo de cualquiera de ellas.*

### 3. Las consideraciones del Tribunal sobre el Know-how.

Como se anotó en el primer capítulo del presente estudio, uno de los elementos esenciales, si no el más importante del contrato de franquicia, lo conforma el Know-how, el “saber hacer” que transmite el franquiciador al franquiciado y refiere todo el conocimiento para reproducir el modelo de franquicia desde la filosofía y concepción del negocio hasta el funcionamiento técnico y operativo del mismo. Por la importancia que este elemento implica en el estudio de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia y por las interesantes anotaciones que al respecto contiene el presente laudo, en este aparte se enunciarán y analizarán las consideraciones que al respecto sostuvo el Tribunal. Esto con el fin de dejar sentado cuál es el alcance que este Know-how ofrece en la práctica y los límites a que se enfrenta el franquiciado.

En el contrato de franquicia suscrito entre PANACA y SABANA la cláusula 1.8 definió el Know-how como la *“información y conocimiento derivado de la experiencia de PANACA en la creación, concepción, construcción, administración y comercialización de parques temáticos agropecuarios. El Know How consiste, entre otros, en (i) la información contenida en los manuales (definidos más adelante); (ii) los planos (definidos más adelante); (iii) el montaje de espectáculos, instrucciones y capacitaciones en la conformación de colecciones de zoología doméstica y su manejo; y (iv) demás documentos e información de PANACA que se consideren sustanciales o necesarios para los fines de este contrato o para la operación del Parque de la Sabana por parte de PANACA DE LA SABANA”*.

Sin embargo, el Know-how arriba descrito al parecer no resultó adecuado y suficiente para permitir la replica del modelo de negocio de PANACA en SABANA y fue el fundamento de la demanda de reconvención.

Por esto, de forma muy extensa en el laudo, dentro del estudio de la demanda de reconvención, el Tribunal hace una valoración y ponderación de la suficiencia de este Know-how transmitido por PANACA y que señala SABANA como inadecuado para el cumplimiento y funcionamiento del negocio prometido. Esto se realiza con referencias constantes a las pruebas aportadas y a los testimonios de los distintos peritos técnicos. Pero lo que verdaderamente resulta importante destacar en este punto, son los matices que estas afirmaciones sientan sobre el contenido del know-how de este caso en particular y que explico a continuación.

En primer lugar se tiene que este “savoir faire”, contenido en los manuales de franquicia, no constituye una camisa de fuerza o un límite a las actuaciones que pueda emprender el franquiciado para el éxito de su negocio, estas instrucciones tan solo tienen un carácter orientador de las acciones a emprender para el éxito de la

franquicia y no son aplicables en forma sistemática a cualquier plaza, sino que deben adecuarse a las características especiales del lugar donde se contrató el negocio:

*“En el presente caso se observa que en desarrollo del contrato de franquicia PANACA entregó una serie de Manuales, y que según se consigna en el de Operaciones, él mismo debía proveer al franquiciatario de la “información necesaria que le sirve de **guía práctica y oportuna para realizar la operación efectiva de todas las fases y áreas del negocio**”. Revisado el contenido del Manual se concluye que tiene carácter orientador, no mandatorio, salvo en lo que se refiere al respeto de la filosofía y política del Parque y, por tal razón, es claro que si bien contiene información valiosa y relevante que el franquiciatario debe respetar, en la medida en que en el mismo se consignan “los conocimientos, procedimientos, técnicas, herramientas y demás elementos que lo capacitaran para operar su negocio bajo estándares de calidad” y que le permiten “unificar conceptos y procedimientos” y construir un concepto de producto equiparable con el parque original, ello de ningún modo impone entender que dichos Manuales, programas e instrucciones allí indicados, ni mucho menos los pareceres y caprichos del franquiciante, constituyen la interpretación auténtica del contrato y de la gestión empresarial, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso se trata de Manuales que, como lo sostiene el perito, están desarrollados sin considerar “detalladamente la posibilidad de encontrar una plaza con condiciones sociales, culturales, y económicas diferentes a las de Panaca Quimbaya” [...] y que se aplican a la prestación de unos servicios atípicos, exclusivos y pioneros en esta clase de franquicias en Colombia.”<sup>3839</sup>*

Se ratifica además la posibilidad de implementar nuevos métodos de gestión del negocio no contenidos en los Manuales, y derivados tanto de la buena fe como del principio de la autonomía empresarial que en el contrato de franquicia conservan cada una de las partes.

*“SABANA implementó algunos de los métodos de comercialización indicados en los Manuales y que, igualmente, utilizó otros no previstos como fue el caso del Call Center, concluyendo de manera general que, en todo caso, los*

---

<sup>38</sup> [...]el tribunal considera necesario precisar que no puede confundirse un bajo rendimiento económico del Parque, mucho menos identificarse su eventual fracaso con la necesaria inobservancia de unos Manuales, entre otras razones porque el cumplimiento riguroso de los mismos no necesariamente garantiza el éxito de la gestión empresarial.

<sup>39</sup> El tribunal, igualmente, debe señalar que en el presente caso también quedó probado que SABANA, dentro de la autonomía de gestión que le otorgó el mismo contrato, acogió varias de las recomendaciones de PANACA e implementó algunos de los métodos o sistemas consignados en los Manuales, y otros que por razón de su propia experticia consideró pertinentes, adecuados y útiles teniendo en cuenta las especiales características del negocio y las condiciones de la sabana de Bogotá, de manera que puede concluirse que SABANA cumplió con la obligación contractual aquí referida.

*métodos utilizados fueron apropiados desde el punto de vista de mercadotecnia, en la medida en que resultaron ser mecanismos idóneos de comercialización, de acuerdo a las técnicas estándar de la mercadotecnia moderna y que su implementación, como fue el caso concreto del Call Center, tuvo un impacto positivo en la afluencia de visitantes al Parque SABANA.”*

Así mismo, se indica que el modelo de franquicia y el plan de negocio que ofrezca un franquiciador no son en sí mismos una garantía del éxito del negocio franquiciado:

*“Los estudios realizados para elaborar un proyecto de inversión son herramientas hechas para planear adecuadamente la nueva inversión. Sin embargo, un estudio de mercado no garantiza el éxito de ningún proyecto, pues los resultados finales no sólo dependen de la planeación, sino también en gran parte de las estrategias comerciales, financieras, operativas, etc. que se implemente en el proyecto. Así las cosas, un estudio resulta ser una muy buena herramienta de planeación, pero al hacerlo, no garantiza resultados óptimos para ningún proyecto.”*

*“[...]un plan de negocios tan sólo intenta modelar el comportamiento futuro de algunas variables relevantes para la ejecución de un proyecto de inversión. Claramente, el objetivo corporativo de la gerencia de una empresa debe velar por el cumplimiento del plan de negocio. En este orden de ideas, suele ocurrir con una alta frecuencia que las cifras proyectadas no coincidan con la realidad ocurrida”.*

#### **4. Otras consideraciones sobre el principio de buena fe y sentido del fallo**

A lo largo del laudo el Tribunal analiza uno a uno los diferentes vértices desde los cuales se predicaba incumplimiento de SABANA, encontrando infundadas las pretensiones debido a que el actuar de la demandada se ajustó, a juicio del Tribunal, al principio de buena fe, al desplegar todos sus actos en la medida de sus capacidades para lograr los objetivos inicialmente planteados en el contrato de franquicia<sup>40</sup>. Los apartes transcritos a continuación tienen por objeto ilustrar con mayor claridad la anterior afirmación y vienen a ratificar una vez más que la esencia de los contratos de franquicia es la buena fe manifestada en las estipulaciones contractuales.

“Si se observa la ejecución contractual de SABANA se concluye que hizo lo que debía y podía hacer en sus concretas circunstancias (primer año de actividades; empresa creada para un negocio específico y novedoso), y que dispuso el mínimo necesario para que operaran los frentes de servicios por los que se le reclama y que desarrolló el nivel de gestión que se requería a términos del contrato, por lo que habría que inclinarse a que no está configurado el incumplimiento de este

---

<sup>40</sup> “[...] el tribunal encuentra que el hecho de que el Parque haya entrado en operación y que durante su primer año haya obtenido ingresos, es un indicio importante de que SABANA hizo lo que tenía que hacer, siguió las instrucciones básicas y respetó la filosofía del negocio. En otras palabras, hizo su mejor esfuerzo para poner en marcha y operar el Parque en los términos pactados”.

primer bloque de obligaciones del franquiciatario, y que tampoco se probó una actuación contraria al principio de la buena fe de que trata el art. 870 del C. de Co.”

Un aparte más que ilustra la teoría de la interpretación de los contratos de franquicia fundamentada en el principio de la buena fe y en la adecuación del acuerdo a las posibilidades y capacidades de las partes señala:

*“[...] el tribunal llama la atención sobre la conducta desplegada por PANACA, en la medida en que considera que no resulta coherente ni apropiado analizar y decidir, en un negocio jurídico cuya ejecución se acordó a 30 años, que el mismo no resultó exitoso, habiendo transcurrido apenas un año de operaciones [...] El tribunal insiste en que un contrato de este tipo, con un plazo tan extenso como el acordado, exigía un nivel de tolerancia y paciencia más generoso que el que tuvo el franquiciante y que, además, carecen de sustento las afirmaciones encaminadas a asegurar que de haber SABANA acudido a otros medios, hubiera logrado un mayor número de visitantes al Parque.”*

Finalmente, la decisión del Tribunal se dirige a rechazar la declaratoria de terminación del contrato de franquicia suscrito entre PANACA y SABANA al no encontrar en el incumplimiento alegado una gravedad y una actuación dolosa que pudiera llevar a tan drástica determinación: *“Al no revestir este incumplimiento la **gravedad** que exige el derecho positivo para que pueda deprecarse la terminación del contrato, y habiendo contribuido ambas partes con su comportamiento recíproco a dificultar sus relaciones, y por su propia culpa no haber utilizado los medios que ofrece el ordenamiento jurídico para asegurar o reestructurar el pago de esta prestación que por su mero aspecto cuantitativo no estaba llamada a desencadenar una decisión tan drástica como la que tomó PANACA, el tribunal no accederá a la terminación del contrato de franquicia que existe entre la convocante y la convocada”*

Sobre la demanda de reconvención tampoco encuentra probados los cargos alegados:

*“Acerca de los manuales de franquicia también está claro que la franquiciante los suministró en forma completa y oportuna. En torno a su suficiencia técnica y a los resultados de su aplicación dijo el perito en términos que exoneran a PANACA del cargo de cumplimiento deficiente de su obligación.”*

Terminado el análisis del laudo PANACA – SABANA tenemos entonces que los aportes de este fallo arbitral en el estudio de la naturaleza jurídica del contrato de franquicia en Colombia se enfocan principalmente en dos sentidos:

1. El contrato de franquicia es una figura jurídica totalmente autónoma, que deriva su singularidad del hecho que en las obligaciones pactadas convergen un sinnúmero de elementos del derecho mismo y de otras áreas (economía,

mercadeo, ingeniería, administración, etc.) que resulta indispensable analizar en detalle en el evento de surgir algún conflicto entre las partes.

2. Su interpretación es un análisis dinámico, de ponderación de deberes y obligaciones de los contratantes desde el derecho y la equidad, siempre con el trasfondo del principio de la buena fe que motiva las actuaciones de quienes suscriben este tipo de acuerdos.

## CONCLUSIONES

Como se observó a lo largo de este escrito, la franquicia ha resultado ser un modelo de negocio rentable, en expansión y apto para hacer crecer la economía.

Pero a pesar que sea esta una figura cada vez mas empleada, el modelo de negocio es complejo a nivel jurídico pues implica una conjunción de muchos elementos novedosos que en ocasiones carecen de normatividad y abarcan aspectos ajenos al derecho (economía, mercadeo, administración, ingeniería, finanzas, etc.).

Por esta misma razón, el contrato de franquicia, documento en el cual se plasman las voluntades de las partes y configura una guía para el desarrollo del negocio, es uno de los denominados contratos atípicos, es decir, no regulado taxativamente en la legislación interna de nuestro país. Este encuentra su sustento legal en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, consagrado en el artículo 1602 de nuestro Código Civil y 4º del Código de Comercio, que señalan que las estipulaciones pactadas son ley para las partes. Adicionalmente le son aplicables las normas generales referidas a las obligaciones y demás criterios auxiliares de interpretación de la ley: la costumbre mercantil, los tratados y convenios internacionales no ratificados por Colombia, la costumbre internacional y los principios generales del derecho.

De todas las consideraciones presentadas a lo largo de este escrito se concluye además que la esencia y elemento principalísimo del contrato de franquicia es el Know-how que el franquiciador transmite al franquiciado como bien intangible capaz de materializar y replicar el modelo de negocio. Este saber hacer, que se materializa en los Manuales de Franquicia, abarca TODAS las cuestiones técnicas, operativas, de administración y concepción de la franquicia y deben materializarse en documentos escritos que se anexen al contrato, pues son la guía de las obligaciones a cargo del franquiciador y deberes del franquiciado. De igual forma, este Know-how, como se comentó en el capítulo tercero, debe ajustarse cada vez a las características especiales de la zona donde se otorga la franquicia, lo que hace que este conocimiento deba ser modificado, aunque no en su esencia, en la suscripción de cada nuevo contrato.

Como consecuencia de esta intangibilidad del conocimiento que se licencia al contrato de franquicia se encuentran asociados los riesgos que se presenten prácticas de competencia desleal y/o de abuso del derecho, de franquiciadores que sin tener un

modelo de negocio exitoso ofrecen su marca en el mercado o de franquiciados que hacen uso indiscriminado y por fuera de lo pactado, del conocimiento transmitido.

Es por esto que surgió la necesidad de regular las conductas asociadas al contrato de franquicia con el fin último de proteger el mercado, función que es de competencia del Estado y le fue asignada como mandato Constitucional. Y fue a la luz de esta competencia que desde una política de Estado, dirigida a incentivar el crecimiento económico, se eligió la franquicia como modelo de desarrollo empresarial y se llevaron a cabo desde 2003 una serie de iniciativas que arrojaron como resultado que al día de hoy Colombia cuenta con una asociación fuerte de franquicias (Grupo Empresarial Fenalco Franquicia (GEFF)), un Código de Ética de la Franquicia y una Norma Técnica de la Franquicia que tienen profunda influencia en la forma que se interpretan los acuerdos, se desarrollan las relaciones contractuales asociadas a esta figura y que potencialmente pueden eliminar el carácter atípico de este tipo de acuerdos en nuestro país.

El Código de Ética y la Norma Técnica, como se estudió en el capítulo segundo, fueron inspirados en los mismos principios que establece la ley (colaboración, sana competencia, transparencia, reciprocidad) y principalmente la buena fe contractual consagrado en el artículo 871 de nuestro Código de Comercio. Ambas herramientas fueron ratificadas por el GEFF y aunque adolecen de carácter vinculante son de obligatorio cumplimiento para quienes hacen parte del gremio o quienes decidan acogerse a ellas. Esto trae como consecuencia, por un lado, que cada contrato de franquicia que acoge estas “reglas” articula la conducta de las partes alrededor de principios de buena fe y transparencia, siendo esta la base más firme de la eficiencia y seguridad jurídica de quienes intervienen y la manera más efectiva de evitar litigios. De otro lado, estas herramientas al estar inspiradas en los mismos principios de nuestra Carta Política y en las normas contenidas en nuestro derecho positivo, no representan únicamente un listado de principios y valores rectores de la actividad de la franquicia en nuestro país, sino que conforman un conjunto de reglas y normas perfectamente aplicables como criterio auxiliar de interpretación de los contratos de franquicia que se suscriban en Colombia. Así mismo, estas nuevas herramientas tienen la posibilidad de eliminar el carácter de atipicidad al contrato de franquicia en Colombia siempre y cuando el acogerse voluntariamente a ellas se configure en una práctica reiterada de franquiciadores y franquiciados que con la asesoría legal adecuada puedan descifrar la importancia de hacer uso de ellas desde la etapa precontractual.

La importancia del principio de la buena fe en la ejecución de los contratos de franquicia no solo queda clara en el código de Ética y la Norma Técnica, el laudo PANACA – SABANA, aunque no menciona estos instrumentos por haber sido redactados con posterioridad, evidencia claramente que por la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos, es necesario en su interpretación decidir en equidad, analizando la voluntad de las conductas de las partes en el ejercicio de sus obligaciones.

Como aporte fundamental para este estudio, el laudo deja sentado también que en el proceso de interpretar las cláusulas de los contratos de franquicia no resulta suficiente verificar que se ha incurrido en una irregularidad para que opere, de inmediato y sin ningún otro miramiento la resolución o terminación del contrato. Primero es necesario descifrar la voluntad que motivó las actuaciones de las partes, luego es fundamental enmarcar estas actuaciones dentro del contexto muy particular que representa cada contrato de franquicia para finalmente proceder con una ponderación, una graduación, y determinar si estas actuaciones son del peso y suficiencia necesarias para configurar un incumplimiento de las obligaciones inicialmente pactadas.

Este último proceder conduce a una última reflexión, y es la pertinencia que tendría en nuestro ordenamiento una Ley de Franquicias que regule con normas de derecho positivo este tipo de acuerdos. Como bien ha quedado claro a lo largo de este escrito, el contrato de franquicia es una figura donde convergen una enorme cantidad de elementos de otras disciplinas, que tiene como esencia la transferencia de un Know-how que cada vez debe modificarse según los requerimientos de las plazas donde se otorguen las licencias o en función de los avances que presente la técnica o el mercado, es decir, es una figura compleja, que abarca muchos aspectos y es cambiante, se modifica constantemente según las necesidades de los mercados y las partes, de donde se deriva que una norma que específicamente regule la materia sería de difícil acoplamiento a cada contrato. Así mismo, dada la naturaleza del contrato de franquicia que ofrece un beneficio mutuo para las partes, por lo cual exige una colaboración y una reciprocidad constante entre ellas, estas mismas están llamadas a resolver sus conflictos de la forma más apacible y sin necesidad de tener que acudir a instancias mayores, por lo cual la frecuencia con que se convocan árbitros para dirimir este tipo de conflictos es mínima, de donde se deriva también que emprender esfuerzos para promulgar en nuestro país una Ley de Franquicias resultaría poco útil.

El panorama del contrato de franquicia, tal como se presenta en la actualidad, con un gremio fuerte de representación nacional e internacional, un código de Ética y una Norma Técnica que de acogerse voluntariamente regulan las conductas de las partes desde la etapa precontractual y guían las acciones de los contratantes por el camino de la transparencia y la buena fe, además de un conglomerado de normas de derecho positivo que regulan de manera general las obligaciones y los contratos, ofrece en mi opinión condiciones suficientes para que la ejecución de este tipo de contratos en nuestro país se realice en el marco de una seguridad jurídica que facilita e incentiva el crecimiento del sector. Finalmente puede también observarse que el contrato de franquicia en nuestro país se encuentra en proceso de modificar su atipicidad ya que de convertirse en costumbre la práctica reiterada de acoger el Código Deontológico y la NTC 5813 como criterios de aplicación a este tipo de acuerdos, las herramientas estudiadas a lo largo de este escrito cobrarían carácter vinculante y constituirían criterios de obligatoria aplicación para todos los contratos de esta naturaleza.



## BIBLIOGRAFIA

### Documentos escritos:

- Arce Gargollo Javier, 2005. Contratos mercantiles atípicos.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, 2004. Tratado de los contratos.
- Vanegas Santoro Antonio, 1999. El contrato de franquicia.
- Marzorati, Osvaldo J., 2003. Derecho de los negocios internacionales Vol.2.
- Morejón Grillo Ailed, El contrato de franquicia.
- Marzorati Osvaldo J, 2001. Franchising.
- Bescós Torres, Modesto, 1990. Factoring y franchising. Nuevas técnicas de dominio de los mercados.
- De Miguel Asensio, Pedro A., 2000 Contratos internacionales sobre propiedad industrial.
- López Guzmán, Fabián, 2002. Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El knowhow.
- Peña Valenzuela, Daniel, 2003. Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología.
- Perez Useche, Marco, "Franquicias: derecho uniforme y tecnologías de información", Derecho Internacional de los Negocios, compiladora Adriana Zapata de Arbeláez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Sigüé Simon Pierre, 2003. La franquicia en Colombia – Teorías, Realidades y perspectivas.
- Farina Juan M., 2005. Contratos comerciales modernos.
- Hernando Giménez Aurora, 2000. El contrato de franquicia de empresa.
- Norma Técnica Colombia 5813. Requisitos generales para la etapa precontractual, contractual y postcontractual de una franquicia.

### Páginas de internet:

[www.masfranquicias.com](http://www.masfranquicias.com)

[www.mincomercio.gov.co](http://www.mincomercio.gov.co)

[www.asofranquicias.com](http://www.asofranquicias.com)

[www.buscarfranquicias.net](http://www.buscarfranquicias.net)

[www.franquiciadirecta.com](http://www.franquiciadirecta.com)

[www.multrifranquicias.com](http://www.multrifranquicias.com)

[www.eff-franchise.com](http://www.eff-franchise.com)

[www.fenalcobogota.com.co](http://www.fenalcobogota.com.co)

[www.portalfiaf.com](http://www.portalfiaf.com)

[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

[www.acj.org.co](http://www.acj.org.co)

[www.legis.com.co/nuevo/Juriscritica/datos/JURIS19.pdf](http://www.legis.com.co/nuevo/Juriscritica/datos/JURIS19.pdf)