

**ESTUDIO DOCTRINARIO Y
LEGISLATIVO DEL CONTRATO DE
FRANQUICIA**

**CAMILO DEVIA NEIRA
DONNY DONOSSO LEAL
ISRAEL ANDERSON ROJAS MOSQUERA**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO**

**CHÍA, CAMPUS PUENTE DEL COMÚN
2004**

**ESTUDIO DOCTRINARIO Y LEGISLATIVO DEL CONTRATO DE
FRANQUICIA**

**CAMILO DEVIA NEIRA
DONNY DONOSSO LEAL
ISRAEL ANDERSON ROJAS MOSQUERA**

**MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**DIRECTORA: PATRICIA ROJAS AMÉZQUITA
CATEDRÁTICA UNIVERSIDAD DE LA SABANA**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO**

**CHÍA, CAMPUS PUENTE DEL COMÚN
2004**

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad de La Sabana, que como Alma Mater nos otorgó la sabiduría necesaria para recorrer con valentía, el arduo camino que nos conduce al reconocimiento de la verdad y la justicia; a nuestra directora, que con su conocimiento y entusiasmo brindó a éste proyecto su mas valiosa entrega como ser humano y profesional; y a nuestros familiares y amigos, que con su apoyo constante, hicieron de este sueño, una realidad.

DEDICATORIA

CAMILO DEVIA NEIRA

A mí amadísima Madre por sus enseñanzas de amor y su ímpetu durante los momentos difíciles, por su dechado, y ternura imborrable; a mi siempre recordado Padre, por saber dejar en mí, con sabia indulgencia, una huella eterna indeleble de afecto a pesar de los exiguos años juntos; a mis maravillosos Hermanos Claudia Patricia y Javier F. Devia, por su compañía, enseñanzas, preceptos de vida y AMISTAD hierática, por su carácter y fraternidad incasable; a Ana Paola Cruz, porque con su amor y entrega ha llenado mi vida de exaltación y sueños, haciéndola cada vez mejor o por lo menos más feliz, por acompañarme siempre y enseñarme a amar aquello que me cuesta amar; a los Doctores Pedro Rivera, Sonia, Amalia y Alba Neira; por su apoyo en mi formación personal e intelectual; a mi numerosa, atípica y extraordinaria Familia; a mi Alma Mater, A la Obra y a mi siempre dichosa promoción de grado (1997 Gimnasio de Los Cerros y 2002 Universidad de la Sabana) a Rafa, Roberto Neira, Hiova, Oliver y a David inmensos agradecimientos por su amistad y protección.

DONNY DONOSSO LEAL

A mi Madre, por darme con su ejemplo la fortaleza para seguir adelante; a la Universidad de La Sabana y al Colegio San Viator por compartir conmigo su inmensa fuente de conocimiento; a mi familia por demostrarme que en unidad, se pueden alcanzar grandes metas; a Camilo, Israel, y mis demás amigos por permitirme compartir bellos momentos de nuestras vidas; a Bogotá D.C., por recibirme como propio y brindarme un permanente espacio de crecimiento y desarrollo.

Que Dios los bendiga a todos, y la Fuerza siempre les acompañe.

ISRAEL ANDERSON ROJAS MOSQUERA

En primera medida a Dios, ya que con su bendición conocí el milagro de la vida; A mis Padres, porque gracias a ellos tengo la dicha de existir y ser lo que soy; a Bibian Andrea, ya que me permite valorar los bienes más preciados de mi vida; a Carlitos, porque sin importar donde se encuentre, siempre será mi mejor amigo; a la Universidad de La Sabana, porque me enseñó el valor de la justicia; a Pochito, Pipe, Pedro, y William, por estar siempre conmigo; al Colegio El Prado, donde recibí el más básico pero preciado conocimiento; a Daisy, porque con ella aprendí el significado del amor; y a J.M,

TABLA DE CONTENIDO

	PÁG
EL CONTRATO DE FRANQUICIA	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN	10
1. EL ORIGEN DE LA FRANQUICIA COMO FIGURA CONTRACTUAL	18
1.1. Marco Histórico	18
1.2. La franquicia como derivación de otros contratos	24
1.3. El modelo contractual	26
1.4. La franquicia en Colombia	29
2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	33
3. PARTES DEL CONTRATO	50
3.1. Franquiciante	50
3.2. Franquiciado	51
4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	52
4.1. La franquicia frente al contrato de distribución	53
4.2. La franquicia frente al contrato de licencia comercial	55
4.3. La franquicia frente al contrato de concesión	57
4.4. La franquicia frente al contrato de suministro	61
4.5. La franquicia frente al contrato de agencia comercial	64
4.6. La franquicia frente al contrato de engineering	67
4.7. La franquicia frente a la asociación en participación	68
5. CLASES DE FRANQUICIA	70
6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	76
6.1. Contrato Comercial	76
6.1.1. En su periodicidad	82
6.1.2. Por los modelos de contratación	82
6.1.3. Por la distancia entre las partes	83
6.1.4. Por la resolución de conflictos	83
6.1.5. Por la adhesión	84
6.1.6. Por los medios probatorios	84
6.1.7. Por las sociedades	85
6.1.8. Por la costumbre	86
6.1.9. Por la intervención estatal	86
6.2. Contrato bilateral	92
6.3. Contrato oneroso	93
6.4. Contrato principal	94
6.5. Contrato conmutativo	94
6.6. Contrato consensual	95

6.7. Contrato innominado o atípico	97
6.7.1. Régimen norteamericano del franchising	102
6.7.2. Regulación del contrato de franquicia en diferentes estados (EUA)	103
6.7.3. Fuentes legislativas de regulación del contrato de franquicia en EUA	106
6.7.4. Aspectos legales de la franquicia en Francia	107
6.7.5. Normativa AFNOR de la federación francesa de franquicia	110
6.7.6. Cuestiones legales específicas en Francia	111
6.7.7. El Código Deontológico de la Comunidad Europea y el sistema de Franquicia maestra	112
6.8. Contrato de tracto sucesivo	113
6.9. Contrato de colaboración	114
6.10. Contrato tipo	117
6.11. Contrato de libre discusión o de adhesión	119
6.12. Contrato in tuitu personae	121
6.13. Contrato complejo	124
7. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	126
7.1. Elementos esenciales	127
7.1.1. Know How	127
7.1.2. Marca	133
7.1.3. Precio	135
7.2. Cláusulas propias del contrato de franquicia	150
7.2.1. Idioma	150
7.2.2. Derecho de inspección	151
7.2.3. Asistencia técnica	152
7.2.4. Cláusula de no competencia	152
7.2.5. Duración del contrato	153
7.2.6. Publicidad	155
7.2.7. Deber de confidencialidad	156
7.2.8. Territorialidad	156
7.2.9. Exclusividad	157
7.2.10. Cláusula de arbitramento	158
7.2.11. Subfranquicia	162
7.2.12. Solicitud de información financiera previa celebración del contrato	163
7.2.13. Clausulado adicional	163
8. FUENTES DE RECLUTAMIENTO	165
8.1. Medios de comunicación	171
8.2. Revistas de franquicia	171
8.3. Ferias de franquicias	172
8.4. Marketing directo	174
9. EFECTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	175
9.1. Obligaciones pre-contractuales	175
9.1.1. Obligación de información	175
9.1.2. Obligación de lícita publicidad	183
9.1.3. Obligación de registro	185
9.1.4. Obligación de secreto	186
9.2. Obligaciones contractuales	188
9.2.1. Obligaciones por parte del franquiciante	188
9.2.2. Obligaciones por parte del franquiciado	193

9.3. Derechos contractuales	202
9.3.1. Derechos del franquiciante	202
9.3.2. Derechos del franquiciado	204
10. RESPONSABILIDAD ENTRE LAS PARTES	206
10.1. Responsabilidad pre contractual	206
10.2. Responsabilidad derivada del contrato de franquicia	211
10.3. Responsabilidad derivada de actos propios de competencia desleal	217
10.3.1. Actos de desviación de clientela	218
10.3.2. Actos de desorganización	218
10.3.3. Actos de engaño	219
10.3.4. Actos de descrédito	219
10.3.5. Actos de comparación	220
10.3.6. Actos de imitación	220
10.3.7. Actos de explotación de la reputación ajena	221
10.3.8. Actos de violación de secretos	222
10.3.9. Actos de inducción a la ruptura contractual	222
10.3.10. Actos de violación de normas	223
10.3.11. Actos de pactos desleales de exclusividad	223
10.4. Responsabilidad fundamental frente al consumidor	225
10.4.1. Defecto del bien objeto de la franquicia	225
10.4.2. Publicidad engañosa	232
10.4.3. Daños derivados por aspectos diferentes al objeto social de la franquicia	237
10.5. Responsabilidad en el derecho comparado	240
11. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	246
11.1. Preaviso de alguna de las partes	246
11.2. Terminación anticipada por incumplimiento	249
11.3. Liquidación obligatoria del franquiciante o del franquiciado	251
11.4. Llegada del término del contrato	252
11.5. Terminación por mutuo acuerdo	252
11.6. Muerte del franquiciante o del franquiciado	253
11.7. Justa causa	254
11.8. Algunas circunstancias derivadas de la terminación del contrato de franquicia	263
11.8.1. Aplicación de la cláusula de no competencia	263
11.8.2. Devolución del stock.	264
11.8.3. Destino de la clientela	265
12. CESIÓN DE LA FRANQUICIA	269
13. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA	273
13.1. Ventajas	273
13.2. Desventajas	280
14. CONCLUSIONES	283
BIBLIOGRAFÍA	294

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Dentro de la presente monografía se hace un recorrido desde los orígenes del tratamiento legal y contractual que presenta la franquicia en Colombia, realizando un paralelo con países como Inglaterra, Francia, y Estados Unidos, donde se han encaminado investigaciones tendientes a develar la naturaleza jurídica del contrato, partiendo de diversas posturas, empezando por aquella que asevera que el negocio se deriva de la figura de la concesión, hasta la que encuentra el origen de aquella en la evolución de la licencia comercial. Para ello, es necesario que se determinen las principales características, partes del contrato, clases de franquicia, modos de extinción y terminación, así como los pormenores que se presentan a lo largo de la relación entre franquiciante y franquiciado.

ABSTRACT

The reader is able to make a journey from the beginning of the legal and contractual treatment given to the franchise contract in Colombia, making a parallel with countries like England, France and the United States, where a lot of research work have been carried out to develop the nature of the contract, starting from different theories, from the one that assures that this type of contract originates from the contract of concession, to the one that finds its start in the evolution of the trade license. For that, it is necessary to find the main characteristics, the parts of the contract, the kinds of franchise, the ways of ending, and the details that are found through the relationship between franchisor and franchisee.

INTRODUCCIÓN

Al momento de iniciar con la investigación que derivaría en este proyecto de grado no era claro el entorno que rodeaba al contrato de franquicia en el país. Se presentaban diferentes situaciones que hacían de esta figura jurídica un asunto ajeno para la sociedad en general, mostrando confusión sobre la naturaleza jurídica, sin regulación alguna en la normatividad nacional, y siendo algo frente a lo que el mercado en general conocía su existencia, sin saber exactamente de qué se trataba.

Al tener en cuenta ese entorno dentro del cual se manejaba la franquicia, surgió la inquietud de dar claridad a determinados aspectos puntuales como la naturaleza jurídica del acto, las ventajas y desventajas de su práctica, las limitaciones que presenta, etc. Fue por eso que se realizó este compendio cuyo objeto es el estudio de la figura contractual en Colombia, aplicando diferentes aspectos de la misma como su origen, regulación, causales de terminación y otros, partiendo de lo que la escasa doctrina y jurisprudencia

nacional han manifestado al respecto y haciendo paralelo frente a lo expresado en países donde la figura es mas conocida, como son Estados Unidos, México, Francia, Argentina, y otros que por su importancia comercial han sido mencionados para complementar el enfoque inicial dado a la investigación, sin transformarla en un estudio de derecho comparado.

Compilando las referencias de carácter doctrinal, jurisprudencial e internacional que se exponen a lo largo de la presente investigación, es necesario aclarar que las mismas hacen las veces de criterio auxiliar de interpretación y complemento a las consideraciones que se pueden extraer del tratamiento que ha recibido el tema a nivel nacional, en aras de brindar una visión más amplia, desarrollada y eficaz de la franquicia como figura jurídica, con el fin de procurar un entendimiento y previsión del concepto general de la franquicia en nuestro sistema legal.

A pesar del escaso tratamiento que se le ha dado a la franquicia en el país se han realizado varios pronunciamientos sobre el tema, especialmente de la Cámara de Comercio de Bogotá, que ha venido desarrollando mediante publicaciones seriadas, diversos instrumentos y ensayos jurídicos, herramientas vitales para la iniciación del estudio minucioso de esta figura, pero que a la vez causan una brecha o incentivo intelectual en la profundización del mismo, encaminado a darle una cobertura real y eficaz

que no lo limite pero que si lo oriente hacia la maximización de sus efectos económicos.

Para lograr lo anteriormente mencionado, ha sido necesario determinar varias cuestiones: el momento de la historia en que nació la figura; las definiciones que se le han dado desde ese entonces; las partes del contrato, las características intrínsecas del mismo; los tipos de contrato que existen; y en general la regulación contractual y extracontractual que se presenta a lo largo de la relación comercial.

En el desarrollo de la lectura que se le pueda dar a esta investigación, se encuentran anotaciones que, sin estar en el cuerpo principal del mismo, son lo suficientemente importantes para aclarar, y sobre todo complementar, las ideas base de la investigación, y es por ello que han sido mencionadas en amplia dimensión por la importancia de su contenido.

Es de suprema importancia observar las secuelas de la era capitalista y enfocarse en los problemas suscitados con el nacimiento de una sociedad post industrial, la cual crece y evoluciona a pasos agigantados, comprometiendo a los hombres a establecer algunos medios o instrumentos jurídicos atípicos que sean eficaces y eficientes para la regulación o sometimiento de estas nuevas relaciones suscitadas en ámbito mercantil

internacional, generando no sólo consecuencias para la satisfacción de necesidades personales, integrando relaciones económicas entre comerciantes, particulares, empresas, multinacionales y aún los mismos estados.

Tras la evolución del hombre, se generan una serie de inquietudes en el ámbito tecnológico: cada invención debe tener una regulación, cada medio una respuesta. Los cuestionamientos del pensamiento humano se concadenan con el único fin de buscar el bienestar y la satisfacción de las necesidades primarias, generándose así una serie de herramientas para alcanzar el resultado deseado. El intercambio se perfecciona aún mas con el transcurrir de los tiempos; las soluciones de los conflictos ya no son un problema con la implementación de mecanismos de resolución de conflictos alternos a los judiciales y además, a los negocios mercantiles, se les dota de una flexibilidad tal, que cada empresario puede acomodar su voluntad acorde con los objetivos que busca conseguir con determinada contratación, sin necesidad de sujetarse al rigorismo de una ley escrita.

Dentro del presente estudio, cada una de las posturas se encuentra fundamentada en un principio fundamental de la contratación que consiste en la presunción de *“Buena Fe”* y, el conocimiento que deben tener los comerciantes sobre los usos del tráfico del medio en el cual interactúan, esto

enfático en entender que la mayoría de las transacciones nacen a partir del “*Trust*” o confianza, principio que llevó a las grandes potencias económicas y a su sector empresarial al estado de esplendor que han alcanzado hoy día.

Los sistemas clásicos de tráfico de mercancías y servicios han evolucionado desde una completa integración hasta lograr una descentralización de carácter vertical bajo la modalidad de jerarquización plana propia del sistema Norteamericano, donde terceros y particulares (En el caso del Estado) asumen responsabilidades y funciones que les son otorgadas en fundamento a sus caracteres personales y mercantiles bajo el principio del *trust* que se mencionó anteriormente.

De esta manera, los empresarios de diversas nacionalidades han implementado el uso de los contratos atípicos como medio de satisfacción de sus necesidades económicas, los cuales se han convertido en herramientas de uso diario donde los entes legislativos y jurisprudenciales del mundo, han tenido la función excelsa de desarrollarlos sin llegar a tipificarlos o nominarlos, para que su aplicación, se convierta en un medio de solución y no en un medio de conflicto.

En este entorno de modernización y globalización se ha dado nacimiento al contrato de franquicia que estimula a las empresas a abrir nuevos mercados en lugares donde por sí solas les sería difícil distribuir sus productos o servicios, implicándoles menos riesgos y la oportunidad de generar mayores utilidades.

Hasta los años sesenta se consideraba que el mejor negocio y el mayor prestigio lo alcanzaba la empresa propiamente dicha, a cuyo único establecimiento acudían los clientes de forma masiva. Sin embargo, la evolución en los negocios, el surgimiento de las sucursales comerciales, las compañías multinacionales, la expansión de los medios de comunicación, y la necesidad de inversión en determinados sectores económicos, hicieron que ésta situación tomara un giro distinto.

Teniendo en cuenta lo anterior, un empresario que no acierta en la forma correcta de expandir su negocio, y de abrir mercado para llegar a más clientes en más sitios, corre el riesgo de ser opacado por las diversas competencias que existen en el mercado. Por intermedio de figuras como la franquicia, se le permite a estos hombres e incluso a quienes pretenden iniciar una nueva actividad mercantil, enfrentar estos obstáculos.

A través del tiempo y con la evolución del derecho privado, los pueblos en todo el mundo han visto satisfechas sus necesidades básicas. Cada vez mas, se le infringe un dinamismo estruendoso a los sistemas jurídicos de todo el mundo, surgiendo así, figuras tan novedosas, que permiten el intercambio de bienes y servicios a velocidades inimaginables. Es aquí donde figuras como la franquicia cobran la importancia en todos y cada uno de los mercados internacionales en los inicios del presente siglo.

Por intermedio de la franquicia se aumenta el tamaño de un negocio determinado, y también permite internacionalizar el mercado interno y generar nuevos empleos. Todo ello redundando en beneficios económicos para el país que la origina inicialmente como formato de negocios, y su economía.

En la mayoría de los países, el contrato de franquicia es atípico (como en el caso de Colombia) o parcialmente nominado. Sin embargo, no se puede desconocer el papel fundamental que han venido ejerciendo países como los Estados Unidos de América, Francia, Alemania, Argentina, España y la misma Comunidad Europea de Naciones, donde el estudio de esta figura ocupa uno de los lugares mas importantes en el ámbito jurídico – comercial.

Es por tanto que, se incluye en el estudio el esquema norteamericano como miembro excelso del sistema anglosajón (Common Law) y al ordenamiento

francés como pionero del continental (Civil Law), para así darle un adecuado impulso a la unificación del Derecho Internacional Privado, pues a lo largo de la investigación se demuestra que ni son muchas ni son sustanciales para justificar una diferenciación en la regulación del contrato de franquicia internacional.

Para terminar, en función de demostrar la importancia de la utilización del contrato de franquicia en esta era post industrial, es menester resaltar la función económica de la franquicia en el mundo mercantil actual, ya que ésta generó (por ejemplo) en el año de 1960 un valor aproximado de USD \$60 millones de dólares de facturación anual en los Estados Unidos de América. Durante 1.975, alcanzó la cantidad de USD \$239 millones representando el 20% del PIB (Producto Interno Bruto) y un 31% de todas las ventas minoritarias¹. Para el año 2.000, la facturación total de las ventas celebradas a través de franquicias, representaron el 50% de todas las ventas minoritarias en Estados Unidos. Hoy día, en Francia las franquicias superan el 10% de las ventas minoritarias.

Con base en todo lo anteriormente mencionado se logrará hacer un completo análisis de los aspectos más importantes del contrato de franquicia,

¹ MARZORATI, Oswaldo. *"Sistemas de Distribución Comercial"*. 2da edición. Editorial Astura. Pág. 132 y ss. 1.995.

permitiendo alcanzar una visión global de lo que esta figura implica frente al comercio nacional y mundial, y el gran aporte que puede brindar a la economía no solo de los grandes comerciantes que ya tienen esa calidad reconocida en el mercado, sino de el particular que desea ingresar el mundo del comercio.

1. EL ORIGEN DE LA FRANQUICIA COMO FIGURA CONTRACTUAL

1.1. MARCO HISTÓRICO

El concepto de Franquicia tuvo su origen en la edad media en Francia, donde el término “*franc*” (libre), significaba dentro del lenguaje antiguo, el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el Soberano concedía a algunos de sus súbditos, en relación a servicios militares, recaudación de impuestos y derechos territoriales². Posteriormente, dichos privilegios concedidos por el Rey, fueron exclusivamente otorgados para realizar determinados actos forestales, de pesca o de mercado³.

El anterior término, era aplicado no solo a ciudadanos en particular, sino también a determinadas ciudades, a las cuales les eran otorgadas diversos

² MELLINI, Carlos. Presidente del Instituto de Derecho Mercantil Guatemalteco <http://www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R4A1/Franquicias.htm>. Septiembre 18 de 2003.

³ CHULIA VICENT, Eduardo. “*Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*”, Vol.1, José M^a Bosch, Editor, Barcelona, 4^o Edición, 1.999. Pág. 171.

privilegios reales por intermedio de “Chartes” o “Letters” de Franchise (Cartas Francas), como por ejemplo, dispensas permanentes para no pagar tributos.

La primera Carta de franquicia que se conoce, data de 1.232 proveniente del municipio de Chamberry. Dicho instrumento nace como medio facilitador en la aplicación de la burocracia, pues al igual que en los principados de Italia, unidos por Federico Segundo de Suabia, se evidenció que el Rey no podía ser omnipresente y que debía delegar en otros hombres de su confianza o interés, la administración de todos su territorios de acuerdo a la distribución estratégica que se estableciera. El Rey necesitaba tener un gobernante para cada división del territorio y así mantener su imperio, y a su vez, se explotaran sus riquezas fisiocráticas. El monarca, recurría a los particulares para que éstos administraran ciertos servicios y financiaran la producción de determinados sectores, permitiéndoles obtener ganancias de dicha actividad con la obligatoriedad de entregarle a éste una gran parte de lo recaudado.

Sin embargo, no sobra resaltar que los antecedentes más remotos y conocidos del Contrato de Franquicia se le atribuyen a la Iglesia Católica, pues tan honorable Institución, otorgaba permisos a ciertas personas para que recaudaran los impuestos que debían ser pagados a la Iglesia para poder cumplir sus funciones de apostolado y educación. Es así como la Iglesia concedía a ciertos señores feudales facultades extraordinarias para

que actuaran en su nombre, y así poder recolectar los diezmos, tomando una parte fijada con anterioridad como comisión y dando el resto a la Iglesia.

En el siglo XV se encuentra un precedente interesante. En Florencia (Italia) se conoció a la figura de franquicia como una forma de centralizar el comercio de sedas y especias, brindándole a un único comerciante la facultad de establecerse en un determinado territorio para crear un sistema de comercio frente a otros comerciantes asociados, con el objeto de ofrecer al público los productos a él encargados. Aún así, este modelo de mercadeo no puede determinarse propiamente como contrato de franquicia tal y como se conoce en la actualidad, ya que en su momento fue previsto como un medio de distribución de productos, sin tener en cuenta los elementos necesarios para configurar el contrato.

El origen moderno de la franquicia se encuentra incuestionablemente en los Estados Unidos de América, al menos en lo referente a la distribución de productos y servicios. Se le atribuye a la compañía Singer Sewing Machine Company, productora de máquinas de coser, como pionera en la utilización del sistema de franquicias a principios del siglo XIX (1.820). Dicha compañía, decidió otorgar una serie de franquicias como fórmula de distribución a las personas que, antiguamente actuaban independientemente comercializando sus productos, logrando así colonizar mercados que se encontraban fuera de

su territorio de explotación comercial original. Este modelo lo utiliza aún la compañía en la actualidad.

Posteriormente, tras la Guerra de Secesión⁴, las empresas manufactureras del norte, en ausencia de personal y capital por consecuencia de la guerra, se vieron obligadas a expandir sus mercados de tal forma que concedieron derechos exclusivos para distribuir sus productos a comerciantes independientes del sur que tenían la necesidad de solventar la deteriorada economía de post guerra del territorio, a consecuencia del fuerte golpe que causó la destrucción de los campos de algodón (principalmente) actividad donde se soportaba toda su economía antes del conflicto. Además, para un empresario del norte era complicado establecer por su propia cuenta negocios en el sur del país por la complicada situación social que se suscitó, así como le era difícil a un comerciante del este, abrir puntos de distribución en el oeste por la dificultad en recorrer la extensa distancia.

En 1.898 la General Motors Company, una de las pioneras norteamericanas en la producción de automóviles, estableció un contrato tipo como estrategia de comercialización para solventar su crisis económica frente a las personas que laboraban en la compañía como vendedores. Para salir de su

⁴ Conflicto interior de los Estados Unidos que, a raíz del problema esclavista, opuso, de 1.861 a 1.865, a una confederación de estados del sur a los estados del norte, y que terminó con la victoria de estos últimos y la afirmación de su preponderancia en la dirección de la federación.

crisis, la sociedad decidió cobrarles un precio por el derecho a vender las máquinas producidas, a cambio del otorgamiento de un territorio exclusivo de comercialización que sería manejado exclusivamente por estos.

El gran auge del contrato de franquicia como modelo de desarrollo económico a nivel mundial, se gestó con el fin de la segunda guerra mundial, que trajo como consecuencia un fenómeno social dentro del cual, se presentaron muchas personas que habían servido al ejército, con un capital importante, sin un trabajo, y sin saber en que emplearse de nuevo (Estados Unidos como mayor expositor de aquella situación).

Los países europeos debido a su derrota en la guerra, y la devastadora destrucción de sus ciudades y economía, no contaron con el capital suficiente para lograr una inmediata recuperación, además, los pocos recursos con los que se contaba se dedicaron a la reconstrucción de su infraestructura.

Teniendo en cuenta los anteriores factores, Estados Unidos (económicamente superior) se encontró con una situación favorable para expandir su mercado, debido a la gran demanda de bienes y servicios que se suscitó en el mundo entero. De esta manera surgieron nuevas empresas

dedicadas a aprovechar la oportunidad gracias al apoyo recibido por el gobierno federal.

Estas empresas aprovecharon la presencia de personas con capital pero desempleadas por el fin de la guerra carentes de conocimientos en materias de mercadeo, como medios de expansión de sus negocios, en primera medida dentro del país, y, como se presenta en la actualidad, en el resto del mundo.

Sin embargo y sin desconocer que dichas empresas fueron pioneras en el desarrollo y aplicación de dicho instrumento, la Segunda Guerra Mundial impulsó de manera significativa su apetencia pues permitía a personas de bajos recursos y sin ninguna experiencia, participar en actividades mercantiles, implementar un negocio o crear empresa con miras al desarrollo personal y familiar, puesto que en la mayoría de los casos, éstas se habían desintegrado por la pérdida de varios seres queridos.

En Francia, la franquicia moderna comenzó a conocerse en 1.950 a través del sector de la distribución con las cadenas Prenatal, Phildar, Nataly's. Años después, comenzando la década de 1.960, Andre Et Simone, Mahler y Pornuptia, implementaron su uso. Hasta tomar su verdadero apogeo a mediados de los años 70 cuando la Federación Francesa de Franquicia

(FFF), agrupó a varios profesionales y empresas líderes en la materia para darle un ordenamiento al mejor estilo de las corporaciones mercantiles de la edad media⁵.

1.2. LA FRANQUICIA COMO DERIVACIÓN DE OTROS CONTRATOS

Autores como Kleidermacher⁶ encuentran el origen del contrato de franquicia como la derivación de otro contrato mercantil: el de licencia comercial⁷. Desde este punto de vista, una persona que genera una nueva creación, o un nuevo modelo de servicio, patenta el mismo para conservar sus derechos sobre este, y posteriormente otorga una licencia para la producción, distribución, venta o uso de ese invento.

En vista de la ideal respuesta en el mercado de este sistema de licencia, otros empresarios adoptaron modelos similares, que fueron evolucionando con el tiempo agregándole elementos al contrato, derivando en una total modificación del mismo. Por otro lado, se sucedieron casos donde los

⁵ MARZORATI, Oswaldo. Op. Cit. Pág. 28 y ss.

⁶ KLEIDERMACHER, Jaime. *“Franchising. Aspectos Económicos y Jurídicos”*. Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1.993. Págs. 22 y ss.

⁷ PULEMA. *“Contratación Comercial Moderna”*. Santiago de Chile. 1.992. Pág. 120. Se entiende por contrato de licencia comercial, el *“negocio mercantil donde el titular de un privilegio industrial otorga a otra persona el uso o el goce temporal de aquella recibiendo a cambio una prestación representada en dinero u otros bienes”*.

productos finales distribuidos al público no cumplían con los requisitos de calidad que el otorgante de la licencia esperaba para su invención.

Lo anterior obligó a los otorgantes a tomar medidas al respecto, como la inclusión en el contrato de una serie de cláusulas, por medio de las cuales se obligaban a los adquirientes de la licencia a mantener niveles mínimos de calidad y se fijaba una multa determinada en caso de incumplimiento. Siendo estas medidas insuficientes para lograr los resultados esperados, se incluyó una nueva facultad para el licenciante que implicaba la reserva de inspeccionar periódicamente el trabajo de los licenciados, con el fin de asegurarse por cuenta propia del óptimo nivel de desarrollo de los productos y la entera satisfacción del público al cual se dirigían, lo cual conllevaría una mayor demanda, traducida en más ingresos para el licenciante y el productor.

La razón por la cual, la mayoría de las veces, se otorgaba una licencia sobre una invención propia era la ausencia de recursos económicos del licenciante para desarrollar el nuevo modelo a nivel industrial, por lo que la razón primordial al momento de elegir un licenciado, consistía en que éste contara el suficiente capital para poder desarrollarla.

Sin embargo y en muchas ocasiones, le surgía otro problema al licenciante: las empresas licenciadas no se interesaban en explotar la invención en un

territorio determinado, el mismo que algunas veces, sí entraba dentro de los planes de expansión del licenciante, razón por la cual el factor territorial entró a jugar un papel importante a la hora de celebrar el modelo contractual. Es así como el área de explotación y comercialización del modelo cedido llegó a ser un motivo determinante al momento de elegir un licenciado.

Con la evolución del comercio en el mundo, el modelo de licencia comercial no obstante lo anterior, presentó vacíos legales en torno al cubrimiento de las obligaciones que surgían para cada una de las partes (bien sea entre ellas o frente a terceros). Por ello, los protagonistas del comercio empezaron a buscar un modelo contractual por medio del cual se logran suplir todos estos vacíos, resultado de ello, postura a la cual se adhiere la presente investigación, el contrato de franquicia tal y como se le conoce en la actualidad.

1.3. EL MODELO CONTRACTUAL

Empresas como Coca-Cola Industries Inc⁸, ha utilizado el contrato de franquicia como la forma de garantizar un correcto y eficiente proceso de

⁸ Coca Cola Company, bajo el sistema de otorgamiento de franquicias, logra que su producto sea embotellado y distribuido en el lugar donde se encuentran las diferentes plantas embotelladoras, expandiendo así su mercado. Esta empresa otorgaba el beneficio de dar el concentrado base de la bebida a cambio que su contraparte en la franquicia asumiera totalmente el costo de las instalaciones necesarios para el embotellamiento y distribución de la misma. A medida que este producto se

manufacturación y embotellamiento del producto. Este modelo ha sido usado no solo a lo largo de todo el territorio norteamericano, sino también en todo el mundo, con el firme propósito de ahorrar gastos de transporte, trabajadores y trámites burocráticos de nacionalización de mercancías, impuestos, etc.

Mc Donald's, industria exponente del modelo de franquicia por excelencia, impuso lo que hoy se ha denominado "*Format Business Franchising*", o franquicia de formato de negocios, que corresponde al modelo moderno de franquicia donde todos los establecimientos exponentes de su marca a nivel mundial, deben ceñirse de manera estricta a los manuales creados por el titular de la marca, con el fin de reproducir el éxito de la misma⁹.

Ello se originó cuando Ray Kroc, comerciante por excelencia y con amplios conocimientos en el mercado, debido a su profesión de productor y vendedor de máquinas para la preparación de malteadas, observó el manejo que se le daba a un establecimiento dedicado a la producción y venta al público de comidas rápidas, especialmente hamburguesas, que en su territorio (San Bernardino, California) eran exitosas frente al público por su calidad y

posesionó en el mercado mundial, las personas que adquirieron el concentrado base de la bebida vieron evidente la rentabilidad del negocio y autorizaron a sus primeros contratantes, en lo que se podría determinar como el primer modelo de subfranquicia, al producir la bebida a cambio de un sobreprecio.

⁹ ALTURO GARCIA, Sandra; GALINDO VANEGAS, Rubén; TORRENTE BAYONA, Cesar; Cámara de Comercio de Bogotá: "*La Franquicia: Un Estudio Legal y Contractual*". 1.995. Pág. 15 a 22.

servicio. El establecimiento funcionaba (y aún funciona) bajo la marca Mc Donald's, debido al apellido de los hermanos que lo fundaron.

Kroc, asombrado con las ventas producidas por el negocio, propuso a los hermanos Mc Donald's imitar el mismo concepto en otros lugares del país, logrando exactamente la misma calidad (en productos y servicio) impuesta por aquél establecimiento.

Es así como actualmente la cadena de restaurantes cuenta con alrededor de 20.000 establecimientos posicionados alrededor del mundo, funcionando bajo las mismas directrices: igualdad en los parámetros de fijación de precios, infraestructura, calidad del producto, y servicio al cliente.

En opinión de Francisco Casa y Manuel Casabó¹⁰, los principales elementos que provocaron la expansión del modelo de franquicia son:

1. Los cambios socio – económicos sufridos, principalmente, por Estados Unidos, y los demás países desarrollados.
2. La incorporación de la mujer al trabajo.
3. El desarrollo de las telecomunicaciones, el cual permitió la expansión de la publicidad en masa.
4. El espíritu emprendedor de las nuevas generaciones.

Por último y teniendo en cuenta lo anterior, la figura de franquicia debe incorporarse dentro de las innumerables herramientas y convenios de organización y colaboración empresarial y, aunque su auge y aplicación se

¹⁰ "La Franquicia". Ediciones Gestión 2.000 S.A. Pág. 15 y ss. 1.989.

ha desarrollado en la actualidad, se discute que la figura posea una concepción novedosa (por lo menos en los países desarrollados).

1.4. LA FRANQUICIA EN COLOMBIA

En el país, el modelo es conocido desde la década de los 70's, sin embargo, la implementación del mismo ocurrió con la apertura económica que ocurrió en el país en el año de 1.993 bajo el gobierno del Doctor Cesar Gaviria Trujillo. El desarrollo de la franquicia inició con la llegada de franquiciantes extranjeros, como Dunkin Donuts y Pizza Hut, los cuales rápidamente se expandieron en el país.

Al comprobarse el éxito de la figura, llamó la atención de los empresarios nacionales, por lo que se desarrollaron en Colombia franquicias como Industrias Salsamentarias El Bohemio, Kokorico y Helados Mimo's. Actualmente, han adoptado el modelo de franquicia otras empresas como Totto, Helados Benny's, Natural Ice Cream, Sándwich Cubano, Rico McPollo, Jeans and Jackets, Pronto, Armi, entre muchas otras.

Debido a los beneficios que presenta el modelo, y a la calidad de los productos que ofrecen, algunas de estas empresas (El Bohemio, Totto,

Kokorico) han incursionado en mercados internacionales haciendo uso de la franquicia en países como Arabia Saudita, Costa Rica y Ecuador.

La economía nacional se ha visto beneficiada con la incursión del modelo en el territorio. La generación de empleo, como factor determinante en una sociedad como la colombiana, es fundamental para lograr una solución a los índices de pobreza que aquejan al país.

Encontrarse de pronto sin empleo y con un pequeño capital para invertir no es una situación desconocida en la Colombia de hoy. Las reestructuraciones y recortes de personal, tanto en el sector público como en el privado, o las quiebras de empresas, están dejando a muchos profesionales en plena edad productiva, con el dinero de la liquidación y las indemnizaciones producto del “arreglo” laboral que hayan afrontado.

Aunque en Colombia el sistema de franquicias se conoce desde hace ya bastante tiempo, lo cierto es que el verdadero despliegue se registró a finales de los 90's. Los casos más conocidos son los de multinacionales extranjeras como McDonald's y Kentucky Fried Chicken, en el sector de comidas rápidas, pero al lado de ellos son muchas las empresas nacionales que también han visto posibilidades y han incursionado con éxito en esta modalidad de negocios. Entre los casos más conocidos se encuentran

Kokorico, que ha logrado un cubrimiento nacional e internacional con sus restaurantes; la cadena de comidas rápidas El Sándwich Cubano o la de helados Mimo's; así como Azúcar, Spirit y Estudio F, en el sector de confecciones, con sus almacenes de ropa para distintos públicos.

Las franquicias del sector de alimentos y bebidas son las más numerosas, con cerca de 50% de las que operan en el país, y entre las que están principiando se encuentran Calixto, una firma de comidas típicas colombianas nacida en Cali, que ha iniciado operaciones en Bogotá y Medellín, y la de Café Don Pedro, que se encuentra operando a nivel nacional desde hace más de un año. Pero al lado de ellas se vienen desarrollando conceptos novedosos de diversas áreas de actividad. En el campo de la salud, por ejemplo, se destaca el caso de las Clínicas Odontológicas Dentisalud, que ofrecen su experiencia en el manejo del negocio, ubicación en las ciudades y todo el *Know How* indispensable. Por su parte, Coysem es una franquicia en el sector de la consultoría empresarial, que entrega licencia para utilizar la metodología que la firma desarrolló en este campo.

Otros casos interesantes son el de Hombre Solo, empresa de mantenimiento locativo, con servicios de plomería, electricidad, telefonía y otros, que tras arrancar en Bogotá ya cuenta con franquiciados en Medellín y Bucaramanga.

El de Bancasa, una franquicia de propiedad raíz con capital colombiano, que está abriéndose paso en el mercado de Estados Unidos; y el de Color Siete, con sede en Manizales, que ya cuenta con franquiciados en Venezuela y Estados Unidos, con sus líneas de ropa de alta calidad para hombre y mujer. Y entre las multinacionales que empiezan a entrar en el país está Truly Nolen, dedicada al control de plagas, que ya tiene franquiciados en Bogotá, Medellín, Cali, y está abriendo posibilidades en la costa Atlántica, los Santanderes y el sur del país.

Según cifras de la Asociación Colombiana de Franquicias, *Acolfran*¹¹, aunque Colombia todavía está muy atrás respecto a países como México, Brasil o Venezuela, en el año 2.000 operaban ya 26 franquicias nacionales y 57 extranjeras. Las primeras tenían un total de 620 puntos de negocios en todo el país, y las segundas, 830, para un gran total de 1.450 puntos abiertos sobre este esquema. Y el ritmo de su expansión, gracias a las seguridades que ofrece a los inversionistas es cada vez mayor.

¹¹ Entidad que se encuentra funcionando en Colombia desde mediados de los noventa, la cual se encarga entre otros de: a) promocionar los negocios de las entidades afiliadas; b) propiciar un marco jurídico y tributario propicio para el desarrollo de la figura en el País; c) divulgar el concepto de franquicia no solo a los empresarios, sino al público en general y; d) fortalecer el sistema de franquicias a nivel nacional. "www.centercourt.com/acolfran. Septiembre, 2.003.

2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Durante la evolución del derecho mercantil a nivel internacional, diversos autores e inclusive la jurisprudencia sobre la materia, han intentado emitir diferentes conceptos con los cuales únicamente se ha descrito el negocio, o sus relaciones derivadas, sin haber obtenido uniformidad de criterios, fallando en el intento de crear una única y completa definición del contrato.

Uno de los conceptos emitidos sobre la materia es aquél en el cual se define la franquicia como:

“un método de colaboración entre una empresa denominada “franchisor” y una o varias empresas denominadas “franchisees”. Según esta definición la franquicia implica para la empresa franchisor, quien es el titular de una marca o de un emblema que representan una fábrica, un comercio o un servicio, la obligación de poner a disposición de la empresa franchise, a título oneroso, primeramente su habilidad, los medios y la asistencia para facilitarle su éxito y, además, un conjunto de productos o servicios explotados previa, obligatoria y totalmente de acuerdo a técnicas comerciales uniformes, originales y constantemente puestas al día¹²”.

¹² GUYENOT, “*La Franchise Commerciale*”, en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*. (París, 1.973). Pág. 161.

Al tratarse en esta definición el concepto de “empresa”, debe aclararse que dentro de ella se incluyen no solo personas jurídicas (como se concebía anteriormente de manera exclusiva), sino que además entiende personas naturales que pueden ejercer el comercio (artículo 12 del Código de Comercio Colombiano¹³), y con el capital necesario para ingresar en el sistema de franquicia.

Lupicino Rodríguez¹⁴, a su vez, dicta otra diferente definición:

“El término “franchising” se utiliza para designar una amplia gama de acuerdos de índole comercial que se caracterizan porque un empresario (a quien llamaremos concedente), poseedor de un producto o servicio o un proceso productivo e incluso una marca del producto o servicio, da a una tercera persona física o jurídica (a quien llamaremos concesionario) el derecho a comercializar, el producto, o el servicio o la marca, o bien a realizar un idéntico proceso productivo bajo la misma fórmula o concepto empresarial a cambio de un canon que puede consistir en una tarifa fija o un porcentaje (generalmente decreciente) sobre las ventas u otras formas de royalty (o regalía)”.

Agrega el mismo autor:

“Generalmente el concesionario viene obligado a adquirir asimismo suministros, materias primas, Know How, o productos a comercializar del propio concedente o de quien el concedente designe, pero sobre todo, el concesionario se integra en una organización empresarial

¹³ “Toda persona que según las leyes comunes tenga capacidad para contratar y obligarse, es hábil para ejercer el comercio; las que con arreglo a esas mismas leyes, sean incapaces, son inhábiles para ejecutar actos comerciales”.

¹⁴ RODRÍGUEZ, Lupicino. “A Propósito del Franchising”. Revista La Ley, 29 de Julio, 1.986, número 1.500.

configurada bajo un patrón singular y unos estándares y distintivos rigurosamente uniformes y homogéneos, dotada generalmente de un extenso y valioso fondo de comercio”.

En la anterior definición, se encuentran diferentes terminologías que pueden inducir a error sobre la naturaleza del contrato. En principio, puede confundirse con la de un contrato de concesión, ya que usa conceptos que se aplican a dicho negocio comercial, debido a que al empresario que otorga la franquicia se le llama “concedente”, y a quien recibe el producto o servicio se le llama “concesionario”.

Por otra parte, es claro que un poseedor no detenta título de dominio sobre los bienes o servicios que otorga, por lo que sería más apropiado hablar de un propietario de producto, servicio, marca, o proceso productivo, en lugar de referirse al franquiciante como “empresario poseedor”.

Por último, al hablar de un canon como el precio que paga el franquiciado, acierta el tratadista ya que es uno de los elementos esenciales para la configuración del contrato.

Otra definición es la propuesta por Francisco Casa y Manuel Casabó, citados por Chuliá Vicent¹⁵, en la que se considera a la franquicia como *“un contrato de venta de concesión o licencia, en el que ambas partes aceptan de modo*

¹⁵ CHULIA VICENT, Eduardo. Op. Cit. Pág. 175.

recíproco obligaciones importantes más allá de las usualmente establecidas en una relación comercial convencional”.

Cabe mencionar que la venta es la figura jurídica por medio de la cual, una de las partes (vendedor), se obliga a hacer dueño a otra (comprador) de una cosa mientras que esta reconoce un valor (precio) por aquella. Se configura un título translaticio de dominio, que no existe en la franquicia, y a su vez, la compraventa es un contrato autónomo, al igual que la franquicia.

Sobre las obligaciones que se mencionan, es cierto que en la franquicia estas son diferentes a las que normalmente se presentan en una relación comercial, pero con la lectura de esta definición no se aclara totalmente la naturaleza de la franquicia.

El tratadista español Pedro A. Pedreño¹⁶ define la franquicia como un *“sistema comercial en que el franquiciador vende una franquicia al franquiciado por medio de la cual este podrá distribuir los productos o servicios objeto del contrato de franquicia”.*

En esta definición, se explica que el franquiciante “vende” la franquicia, resultando así el franquiciado propietario de la misma; y por consiguiente el

¹⁶ PEDREÑO, Pedro A. *“Qué es el Franchising”*. Ediciones Guadiana de Publicaciones S.A., Madrid, 1.973. Pág. 79 y ss.

franquiciante no tendría la facultad de usar su marca, enseñas, etc., porque estas ya han sido adquiridas por el franquiciado. Además, el tratadista limita el contrato a un sistema de distribución de productos, sin tener en cuenta que dentro de la franquicia, se pueden ceder derechos de prestación de servicios, producción y transformación industrial de bienes o servicios, etc.

Con base en la opinión de Joseba Echebarría Sáenz¹⁷, el concepto de franquicia no es único y presenta dos variables. En la primera, el tratadista lo denomina como:

“el negocio que reúne a comerciantes jurídicamente independientes que median en el sector de bienes o servicios y que corren con el riesgo económico de sus operaciones, en un sistema económico racionalizado de empresas, en el que un empresario, el franchisor o franquiciador, mediante un sistema de contratos múltiples dotados de prestaciones homogéneas, diseña y controla la comercialización de los franchisee o franquiciados con terceros”.

Se hace evidente en la definición la ausencia de elementos jurídicos importantes propios del contrato de franquicia, como el traslado del *Know How*, el pago de un precio, y la transferencia de la marca, con las consecuentes obligaciones que ello acarrea.

¹⁷ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba. “*El Contrato de Franchising*”. Editorial Mc Graw Hill, Madrid. Pág. 26 y ss. 1.995.

Aún así, se agrega un elemento que no se encontraba en las anteriormente mencionadas, como lo es el establecimiento del riesgo económico de las operaciones de cada uno, señalando así que el patrimonio de ambas partes es independiente del otro, dando a entender que el éxito o las pérdidas que produzca el negocio serán asumidas por cada parte independiente entre sí.

Por otra parte, al afirmar que la franquicia se desarrolla en un “sistema de contratos múltiples” el autor parece dar a entender que con la celebración del negocio se suscriben otros tantos, siendo que la franquicia es un solo acto jurídico que incluye obligaciones derivadas de sí mismo, sin necesidad de suscribir más contratos que el original.

El mismo tratadista ofrece una segunda definición, según la cual la franquicia es:

“un contrato en el que un comerciante jurídicamente independiente, que media en el sector de bienes o servicios y que corre con el riesgo económico de sus operaciones (el franchisee o franquiciado), contra el pago de un canon de franquicia y/o remuneraciones periódicas, recibe de un empresario (el franchisor o franquiciador), un conjunto de prestaciones orientadas a la comercialización”.

Esta segunda definición da a entender que las características contractuales expuestas (independencia jurídica, el hecho que cada parte corra con su riesgo económico, pago de un canon, entrega y correlativo recibimiento de

prestaciones) son propias de la franquicia y que con su estipulación se configura dicho contrato, sin embargo, estas también se pueden presentar en otros contratos comerciales (distribución, suministro), por lo que con su mención no se hace una total delimitación de lo que el acto jurídico representa.

Se pueden citar las siguientes definiciones, donde se vislumbra de manera mas precisa, lo que representa el contrato de franquicia:

“Una Franquicia se establece cuando una parte (el franquiciante o licenciador) licencia a otra parte (el franquiciado o licenciado) para usar el nombre, marca registrada, símbolo comercial, patente, derechos de autor y cualquier otra propiedad del franquiciante en la distribución y venta de bienes y servicios¹⁸”.

Henry Cheeseman, doctrinante norteamericano al proponer la anterior definición, no delimita claramente los derechos que se transmiten al franquiciado por intermedio del contrato, al establecer, que el franquiciante podrá trasmitir cualquier bien o servicio que se encuentre bajo la propiedad de éste. Es así, como se encontraría en la obligación de ceder cualquier derecho dentro de la esfera de su patrimonio:

“La franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes (llamada franchisor) se obliga a ceder a otra (llamada franchise), respecto de quien es jurídicamente

¹⁸ CHEESEMAN , Henry R. “*Essentials of Contemporary Bussiness Law*”. Editorial Prentice Hall, New Jersey, U.S.A., 1.999. Pág. 528.

independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativos de un producto o de un servicio, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho¹⁹”.

La tratadista chilena Sonia Maldonado Calderón, define la figura comercial de una manera mas precisa, dotándola de los elementos principales que envuelven la franquicia, y sin los cuales, se estaría presente ante otro tipo de contrato.

El profesor Chuliá Vicént explica que la franquicia es un contrato:

“complejo y atípico, consensual y sinalagmático, civil o mercantil según su objeto, mediante el cual una de las partes, el concedente o franquiciador, concede a la otra, denominada concesionario o franquiciado, mediante el pago de un canon, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa, o un servicio con prestaciones accesorias, previamente convenidas²⁰” .

Es acertada la posición emitida por el profesor Vicént al afirmar, que la franquicia es un contrato complejo (por la variedad de factores que incluye), atípico (por carecer de reglamentación legislativa), consensual²¹ (porque su

¹⁹ MALDONADO CALDERÓN, Sonia. *“El Contrato de Franchising”*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1.994. Pág. 59.

²⁰ CHULIA VICENT, Eduardo. Op. Cit. Pág. 32 y ss.

²¹ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 824: *“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”*.

perfeccionamiento se logra con la simple voluntad de las partes) y conmutativo (ya que 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). Sin embargo, la afirmación en cuanto que el contrato de franquicia puede ser de naturaleza civil, no es del todo precisa, ya que este acto se genera en el mundo de los negocios, donde diariamente hay un intercambio de bienes y servicios con un único fin: la onerosidad. Por lo tanto, celebrar un contrato de franquicia con el objeto de desarrollar actos de naturaleza civil, es impropio afirmar.

Por su parte, el Tribunal Supremo Español, en sentencia de abril de 1.998, expresó que se trata de una situación contractual “*que no tiene reflejo concreto en el derecho positivo*”, insistiendo en el carácter atípico del contrato, definiéndola como:

“aquel contrato que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar, bajo determinadas condiciones de control y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por este de una contraprestación económica”.

El Tribunal es más específico al puntualizar algunas de las condiciones comerciales que se imponen a quienes reciben una franquicia, como el

tiempo de explotación permitida de la misma o la zona geográfica donde se puede actuar.

El Código Deontológico de Franquicia de la Comunidad Europea, dentro de su capítulo introductorio, considera la franquicia como un *“método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte una empresa franquiciadora y de la otra una franquiciada”*.

Continúa el Código expresando sobre la empresa franquiciadora que ella implica:

“la propiedad de una razón social, de un nombre comercial, un emblema o símbolo, una técnica, sistema o procedimiento, puesto a disposición del franquiciado, además del control de una serie de productos o servicios que deben ser adaptados y utilizados por el franquiciado, sistema que depende de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y continuamente verificadas en lo que concierne a su valor y eficacia”.

La International Franchising Association, (IFA) entidad que reúne a los franquiciantes que ejercen su actividad comercial dentro de los Estados

Unidos, define la franquicia como una:

“relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la que el primero ofrece o se obliga a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado en aquellas áreas referidas al Know How y

entrenamiento, ello cuando el franquiciado ha hecho o hará una inversión substancial de capital en su negocio de sus propias fuentes²²”.

La anterior corporación menciona la operación de franquicia como:

“una relación contractual entre el franquiciador y el franquiciado, en el cual, el primero ofrece y está obligado a mantener un interés continuo en el negocio del segundo, en asuntos tales como Know How y entrenamiento, en esta operación, el franquiciado usa un formato o patrón establecido y controlado por el franquiciador lo cual implica que el franquiciado invierte sus propios recursos en su propio negocio²³”.

En los Estados Unidos de América, no existe una definición exacta y detallada que sea acogida por el consenso unánime del sector jurídico y mercantil²⁴. Los estadounidenses, han optado por seguir de cierta forma los lineamientos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) al establecer que la franquicia es:

²² En el ámbito supranacional del manejo del Contrato de Franquicia, con base en exposiciones hechas sobre el tema por el Doctor Marcel Portmann, Presidente de La Asociación Internacional de Franquicias (IFA), contratado por el Ministerio de Economía del Salvador, y quien lidera el tema en las relaciones entre Estados Unidos y América Latina, define el Contrato de Franquicia como: “*un formato de negocios dirigido a la comercialización de productos y servicios bajo condiciones específicas, según la cual una persona natural o jurídica le concede a un tercero por un tiempo determinado, el derecho de usar su marca o nombre comercial, transmitiéndole los conocimientos o Know How técnicos y administrativos necesarios que le permitan vender los productos o servicios*”.

²³ ALTURO GARCIA, Sandra, GALINDO VANEGAS, Rubén; TORRENTE BAYONA, Cesar; Op. Cit. Pág. 27 y ss. Cámara de Comercio de Bogotá: “*Un estudio legal y contractual*”. 1.995.

²⁴ El acta de franquicias de New Jersey define la franquicia como: “*un acuerdo escrito para un periodo definido o indefinido mediante el cual un apoderado otorga una licencia para usar su nombre comercial, marca del servicio o características relacionadas donde existe una comunidad de intereses en el mercado de bienes y de servicios al por mayor, al por menor, por arrendamiento, acuerdo u otra manera*”. El predicado que conlleva a la acción determinante de la definición, contraría el orden legal norteamericano al delimitar la cabida o aceptación de las diferentes clases de actividad franquiciaria que compete múltiples funciones más.

“una operación en la cual se crea una relación contractual entre el franquiciante y un franquiciado en medio de la cual, el primero ofrece mantener un interés continuo en el negocio del segundo respecto a áreas tales como el Know How (principal elemento) siempre y cuando, el franquiciado opere bajo un patrón previamente establecido que debe ser controlado por el franquiciante, haciendo éste una inversión financiera sustancial con sus propios recursos y en su propio negocio”.

A su vez la British Franchise Association, entidad que reúne a los franquiciantes británicos, afirma que la franquicia es un contrato de cesión de licencia comercial donde una persona denominada franquiciante, otorga a otra denominada franquiciado las siguientes facultades:

1. “Permite o requiere al franquiciado llevar adelante durante el período de la franquicia un negocio en particular usando un nombre específico que pertenece o está asociado al franquiciante.
2. Autoriza al franquiciante a ejercer un permanente control durante el período de la franquicia sobre la forma en que el franquiciante lleva adelante el negocio que es objeto de la franquicia.
3. Obliga al franquiciante a proveer al franquiciado de la asistencia necesaria en el manejo del negocio que es objeto de franquicia (en relación a la organización, entrenamiento del personal, mercadeo, gerencia y supervisión, etc.).
4. Exige al franquiciado en forma periódica, durante el plazo de la franquicia, a pagar al franquiciante sumas de dinero en relación a ella, o por las mercaderías o servicios provistos por el franquiciante al franquiciado”.

El jurista Golzen, citado por Kleidermacher²⁵, hace las siguientes consideraciones sobre la franquicia:

1. Es una licencia por un período específico de tiempo para comercializar en un área geográfica definida, bajo el nombre del franquiciante, y usando su marca registrada o logo.
2. Es una actividad, o una forma de servicio, que ya ha sido probada y comprobada para producir una fórmula de operación que ha funcionado en otro lugar.
3. El franquiciante provee el paquete de franquicia, (o “blueprint”), para la conducción de las operaciones.
4. El franquiciante instruye al franquiciado en como debe conducir el negocio de acuerdo al método desarrollado en el blueprint.
5. El franquiciante también provee los servicios de asistencia a efectos de asegurar el exitoso funcionamiento de la franquicia.
6. A cambio del blueprint y los servicios que el franquiciante provee, el franquiciado debe efectuar una inversión inicial en el negocio y a partir de ahí pagar un *royalty* (precio) al franquiciante basado en una cifra o cuantía preestablecida o en un porcentaje de las ganancias.
7. La participación del franquiciante en el establecimiento del negocio no implica que tenga participación en su propiedad, el negocio pertenece al franquiciado y este es libre de disponer de él aún cuando sea probable que tenga que notificar de tal voluntad al franquiciante, quien podrá tener derecho de aprobar o no la cesión, quedándose en su caso con la franquicia.

²⁵ KLEIDERMACHER, Jaime. OP. Cit. Pág. 31.

Frente a los anteriores puntos, se puede afirmar que la franquicia no se configura con el solo otorgamiento de una licencia comercial, si fuera así, no incluiría las obligaciones que la diferencian de este contrato como se estudiará mas adelante; efectivamente la franquicia es una actividad o forma de servicio que ha sido probada y comprobada.

Además de lo anterior, debe resaltarse que el franquiciante no tiene ejercicio de propiedad sobre el negocio que desarrolla la franquicia, ya que este es en exclusiva del franquiciado, y aunque goza con libertad negocial, en ciertas ocasiones, requiere la autorización del franquiciante.

La definición dada por la Federación Europea (sentencias como la del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea del 28 de Enero de 1.986) es la siguiente:

"se trata de un sistema de colaboración entre dos empresas distintas y jurídicamente independientes, ligadas por un contrato a través del cual una de ellas, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho de explotar en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto (marca, fórmula comercial, producción, etc.) materializado con un emblema específico, con carácter exclusivo dentro de un determinado ámbito geográfico y asegurando la prestación de una ayuda y unos servicios regulares, necesarios para llevar a cabo la explotación²⁶".

²⁶ DE JUAN VIGARAY, María Dolores. Profesora interna del Departamento de Economía Financiera, Técnicas de Mercado y Publicidad de la Universidad de Alicante. VALERO ALARCÓN, Antonio M. Colaborador del Departamento Economía Financiera, Técnicas de Mercado y Publicidad de la Universidad de Alicante. GÓMEZ JUAN, María Aurora. Colaboradora del Departamento de Economía Financiera, Técnicas de Mercado y Publicidad de la Universidad de Alicante. <http://www.cdonferco.es/franquic/franpas1.htm>. Consultada Septiembre 20 de 2003.

Esta definición, que presenta los principales puntos que dan forma a este sistema, coincide con la establecida por la Cámara de Comercio Internacional y adoptada por el Consejo de Europa, aunque la dada por éste último sí menciona el pago del canon que el franquiciado debe hacer por el derecho que le es concedido a usar la marca o formular comercial del franquiciador. Por su parte, el Comité Belga de la distribución ofrece la misma definición que la Federación Europea de Franchising.

El Tribunal de Primera Instancia de París, por Decreto del 28 de abril de 1.978, establece que:

"La franquicia es un método de colaboración entre una empresa franquiciadora, de una parte, y una empresa franquiciada de otra, cuyo objetivo es contribuir al desarrollo acelerado de las empresas contratantes, por medio de la acción común resultante de la conjunción de los recursos humanos y económicos, manteniéndose al mismo tiempo la independencia respectiva, en el marco de acuerdos de exclusividad recíproca".

Seguidamente, el decreto detalla los puntos más importantes que implica la franquicia, y que no ofrecen novedad alguna respecto a los mencionados anteriormente. Dicho decreto termina resumiendo la franquicia como "*una colaboración entre una marca y un conjunto de empresarios individuales que se constituyen en una cadena de distribución. Esta colaboración supone la solidaridad comercial entre ambas partes*".

Por último, la Federación Francesa de la Franquicia (FFF), en su definición sobre el concerniente contrato introduce al tema que:

"los productos de venta y/o servicios de la empresa franquiciadora se deben ofrecer de forma original y específica, y explotados obligatoria y totalmente según técnicas comerciales previamente experimentadas y constantemente puestos al día y controlados²⁷".

Por su parte, la decisión tomada el 28 de abril de 1.978 por la Cámara de Apelaciones de París, otorgó al ordenamiento Francés una definición del Contrato de Franquicia que dio lugar a destacar dos aspectos fundamentales en la existencia del *Know How*: que debiera ser práctico, útil, y constante a lo largo de la ejecución del contrato; y, la asistencia, que deberá existir al interior del sistema franquiciado.

Dentro de la doctrina nacional, se destacan las definiciones de varios tratadistas, como el Doctor Marco Antonio Velilla²⁸, según el cual se trata de:

“un contrato sinalagmático de ejecución sucesiva por medio del cual una empresa denominada franquiciante confiere a una o varias empresas denominadas

²⁷ DE JUAN VIGARAY, María Dolores. Profesora interina del Dpto. Economía Financiera, Técnicas de Mercado y Publicidad de la Universidad de Alicante. Antonio M. Alarcón Valero, colaborador del Dpto. Economía Financiera, Técnicas de Mercado y Publicidad de la Universidad de Alicante. M^a Aurora Gómez Juan, colaboradora del Dpto. Economía Financiera, Técnicas de Mercado y Publicidad de la Universidad de Alicante. <http://www.conferco.es/franquic/franpas1.htm> Septiembre 15 de 2003.

²⁸ VELILLA MORENO, Marco Antonio. “Introducción al Derecho de los Negocios”. El Navegante Ediciones. Bogotá D.C. 2.001. Pág. 125 y ss.

franquiciadas el derecho a reproducir, bajo la enseñanza del franquiciante y con sus signos distintivos propios, con su asistencia continua, el sistema de gestión previamente experimentado por el franquiciante y frente, gracias a la ventaja comparativa que esto les procura, le permite razonablemente a un franquiciado diligente efectuar negocios beneficiosos".

Para el Doctor Cesar Torrente Bayona, el contrato se define como:

“aquél que se celebra entre una parte denominada franquiciante y otra denominada franquiciado, en donde el primero le permite al último hacer el mercadeo de un producto o servicio bajo su nombre o bajo su marca, contra el pago de un derecho de entrada o regalías, o ambos. El franquiciado hace la inversión necesaria para el negocio, es independiente y no está subordinado al franquiciante. La independencia se traduce en que cada parte tiene sus propios empleados, una inversión independiente y asume en general, sus riesgos²⁹”.

No obstante las definiciones presentadas anteriormente, y teniendo en cuenta que son diversos los autores que han intentado definir la figura jurídica de la Franquicia, se propone a manera de complementación académica, y teniendo en cuenta las características principales de este contrato, se plantea la siguiente definición:

“La Franquicia es un contrato celebrado entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en donde una denominada franquiciante otorga, bajo determinadas condiciones de control, para una o varias zonas

²⁹ TORRENTE BAYONA, Cesar. Op. Cit. Pág. 23 y ss.

territoriales, el derecho de uso sobre una o más marcas de su propiedad a otra denominada franquiciado, además de su experiencia tanto secreta como pública sobre la manera de explotar un negocio, a cambio del pacto de una remuneración”.

3. PARTES DEL CONTRATO

3.1 FRANQUICIANTE

Persona natural o jurídica, también conocida como “*franchisor*”, “*franquiciador*”, con calidad de comerciante, en la cual recaen los derechos de dominio sobre un conjunto de bienes o servicios; procedimientos industriales; procesos de producción o distribución; estrategias de mercadeo, de publicidad o comercialización; sistemas de administración y control interno; *Know How*; y demás elementos que sirven de mecanismos con los cuales logra el desarrollo de su actividad comercial, diferenciados por una determinada marca, nombre comercial, signos distintivos transferidos o cedidos a título no translaticio de dominio, a una persona natural o jurídica la cual goza de la calidad de comerciante, denominada franquiciado.

También se conoce al franquiciante como aquel sujeto que detenta la marca y el *Know How* de comercialización de un determinado bien o servicio, cediendo contractualmente los derechos de reventa y uso y proveyendo

asistencia en la organización, gerencia y administración del negocio para los franquiciados.

3.2 FRANQUICIADO

Persona natural o jurídica, conocida también como *“franchisee”* o *“franquiciatario”* con calidad de empresario, jurídicamente independiente a la persona del franquiciante, la cual recibe a cambio del pago en dinero de un derecho de entrada, la facultad contractual de explotar económicamente los bienes y servicios en cabeza del franquiciante señalados anteriormente, para establecer en un territorio delimitado geográficamente y por un término prefijado, un establecimiento comercial con base en las indicaciones establecidas por el franquiciante, con el ánimo de captar recursos del mercado, bajo la tutela de éste, asumiendo de forma independiente los riesgos económicos que del éxito del establecimiento sobrevengan³⁰.

³⁰ Económicamente, los estadounidenses han asumido el contrato de franquicia como un sistema de distribución, comercialización, explotación y de expansión en sus actividades, creado por empresas rentables que buscan desarrollar nuevos mercados sin tener que arriesgar costos económicos altos. Es así como este contrato permite que una persona natural o jurídica (llamada franquiciado) adquiera derechos y contraiga ciertas obligaciones que le permitan utilizar diferentes elementos estratégicos que han hecho exitosa la empresa originaria tales como las marcas, logotipos, el nombre comercial, secretos comerciales, diseños industriales, estrategias de mercadeo y programas investigativos propios de la empresa con la cual el franquiciante ha logrado un éxito mercantil originario. De esta forma, el franquiciado puede iniciar la ejecución de una actividad económica propia parcialmente y que en gran porcentaje, le asegura el éxito y la rentabilidad del mismo.

Será el franquiciado aquél sujeto que adquiere contractualmente el derecho de producir y/o de comercializar el bien o servicio dentro de un mercado exclusivo utilizando los beneficios de la marca y el apoyo para el gerenciamiento del negocio que intenta replicar.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

La franquicia debe entenderse como un negocio jurídico autónomo e independiente, que no necesita de la configuración de otro para que pueda existir. Aún así, dentro de este contrato puede ocurrir que se desarrollen otros tantos que, aún cuando originalmente son principales -razón por la cual pueden subsistir por sí solos- serían parte del primero, y nunca impedirían el desarrollo independiente del contrato.

Aún en los Estados Unidos, padre moderno del contrato de franquicia, no se ha elaborado íntegramente una regulación completa y detallada sobre el mismo y por tanto, se podría denominar a dicho instrumento como un contrato atípico dentro de la legislación anglosajona. Sin embargo, ha sido amplia la difusión y los pronunciamientos que se ha hecho sobre el tema por parte de la doctrina autorizada y la jurisprudencia, por lo cual se concluye al final de este texto que, dicha herramienta mercantil, está parcialmente tipificada en el ámbito jurídico norteamericano.

Son de vital importancia las leyes estatales de los Estados Unidos de América y los reglamentos de la ex – Comunidad Económica Europea, tales como el CEE 2349 de 1.984, 4087 de 1.988, y el 556 de 1.989, manifestándose como los antecedentes mayormente dilucidadores y regentes en el tema.

Los contratos de distribución, licencia comercial, suministro, agencia comercial, e incluso el de engineering (ingeniería), son figuras jurídicas que pueden concurrir o no dentro de la franquicia, sin que esta pierda su identidad.

4.1. LA FRANQUICIA FRENTE AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Se puede definir el contrato de distribución como:

“aquel que celebran dos empresas o personas situadas en distintos niveles del comercio (entre un productor y un mayorista, entre un mayorista y un sectorista, entre el último y un minorista, etc.), mediante el cual el productor o la parte mas cercana a la fuente de producción se compromete a suministrar en forma permanente, y generalmente exclusiva, un producto diferenciable a otra empresa o persona que lo hace llegar al consumidor o a otra firma³¹”.

³¹ “Es una forma de actuación de la empresa, mediante la cual ésta, recurriendo a otras personas o empresas, obtiene que su producción en masa llegue a distintos lugares y a los más diversos clientes”. ZABALA, “Acotaciones sobre el Contrato de Distribución” en Revista Jurídica Argentina; La ley 149 de 1.973, Pág. 84.

En la franquicia no es necesario que las partes contratantes se encuentren en diferentes niveles, comercialmente hablando. En la anterior definición se menciona una relación vertical del proceso de producción iniciado por el productor y que llega hasta el distribuidor minorista, distinción que no es necesaria en la franquicia, ya que cualquier protagonista de este esquema puede actuar como franquiciante o franquiciado.

Es propia del contrato de distribución una relación productor-revendedor, mientras que en la franquicia lo que realmente importa es que el producto o servicio objeto de la franquicia se promueva dentro de un mercado determinado, haciendo uso de un medio homogéneo y bajo una fórmula comercial de cooperación mutua entre franquiciante y franquiciado.

Puede afirmarse que en la franquicia de distribución de productos, entendida como aquella en la cual el franquiciante tiene la intención de expandir el mercado de los bienes que produce, existe una relación de género y especie con la distribución propiamente dicha, ya que dentro de la primera se entienden implícitos los elementos del segundo, pero nunca al momento de realizar un contrato de distribución se asumirán dentro de él los elementos de la franquicia³².

³² De la regulación Norteamericana, podría entenderse, bajo este enfoque jurídico, que el contrato de franquicia podría catalogarse como contrato de distribución. En primera medida, podría pensarse

4.2. LA FRANQUICIA FRENTE AL CONTRATO DE LICENCIA COMERCIAL

Existen varias definiciones que procuran dar claridad sobre el contenido de este negocio mercantil. Se le da tal denominación a aquel contrato por medio del cual “una persona dueña de una patente de invención o de una marca (licenciante) autoriza a otra, (licenciataria), para que la use y registre en su ámbito geográfico en forma exclusiva, sin desprenderse nunca de su propiedad³³”.

También se le conoce a este contrato como *royalty*, donde el titular de un privilegio industrial otorga a otra persona el uso o goce temporal de aquella, recibiendo a cargo una prestación representada en dinero u otros bienes. Esta remuneración se acostumbra llamar como regalía³⁴.

Para el Código Deontológico de la Comunidad Europea, la franquicia es “*un contrato de licencia en el que ambas partes, aceptan importantes obligaciones mutuas más allá de las que supondría una relación comercial*

jurídicamente que la franquicia es un contrato donde el distribuidor compra para revender mercancías fabricadas por su comitente. Es cierto que se dilucida un punto de encuentro entre los dos contratos, sin embargo, en la franquicia no sólo se comercia con bienes o productos sino también con servicios, además, las obligaciones y deberes no terminan con la simple intermediación en el ofrecimiento y venta de los bienes del franquiciante, puesto que el franquiciado debe respetar las normas de la estrategia de la actividad económica y el otro debe asesorar al primero de forma constante y periódica.

³³ Este es el contrato que permite en algunas ocasiones que en cada país se produzcan, los perfumes, ropas, etc., con marca extranjera.

³⁴ PULEMA, Op. Cit. Pág. 120.

convencional'. Desde este punto de vista, la franquicia se enmarcaría como una especie del género contractual de la licencia comercial (como lo expone Kleidermacher), aunque ello pueda ser objeto de discusión por algún sector de la doctrina debido a las situaciones que diferencian ambas figuras.

La licencia comercial incluye la cesión, no solo de la marca o patente cuyo titular es el licenciante, sino además de cualquier otro bien patrimonial protegido por el derecho de propiedad industrial, bajo el cual se incluyen también conceptos como logotipo, derechos de autor, nombre comercial, signos distintivos, enseñas comerciales y otros. Para los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), la normatividad respectiva es la Decisión 486 de 2.000, la cual señala, entre otros temas, que el contrato de licencia comercial se puede establecer sobre marcas en trámite de registro³⁵.

Teniendo en cuenta lo que comprende la licencia comercial, se puede afirmar que, aunque el contrato de franquicia incluye implícitamente la transferencia de los elementos protegidos por la propiedad industrial, existen específicas situaciones que diferencian claramente los contratos analizados.

³⁵ El artículo 165 de la mencionada Decisión establece: “*El titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o mas terceros para la explotación de la marca respectiva*”.

En primera medida, dentro de la celebración del contrato de licencia, el licenciante otorga el uso sobre una idea patentada, o cuyo trámite de patente se encuentra en curso, razón por la cual lo transferido se entiende protegido en su totalidad por el régimen de propiedad industrial. Por otra parte, dentro de la franquicia se transmiten no solo elementos cubiertos por la propiedad industrial, sino además otros que no se encuentran en esta categoría, ya que no han sido patentados por su creador para mantener el carácter secreto de los mismos y evitar que caigan en el dominio público, como lo es el caso de los secretos industriales no patentados.

Una de las características más importantes de la franquicia es que hace posible la transmisión de un método de producción de un bien, o de prestación de un servicio, que ya ha sido comprobado y verificado a nivel empresarial arrojando beneficios comerciales. En el caso de la licencia comercial, esta se puede realizar tomando como objeto del contrato una patente, marca, u otro elemento, que bien puede haber sido usado anteriormente como también puede ser totalmente nuevo, buscando iniciar la entrada al mercado del producto precisamente partiendo de la licencia.

4.3. LA FRANQUICIA FRENTE AL CONTRATO DE CONCESIÓN

Algunos autores definen el contrato de concesión como aquel por medio del cual:

“un comerciante, denominado concesionario, coloca su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial denominado concedente, asegurando de esta manera la exclusividad de la distribución (reventa de sus productos) sobre un territorio determinado, durante un período limitado y bajo la vigilancia del concedente³⁶”.

Se pueden resaltar varias diferencias entre los contratos de concesión y de franquicia. Una de ellas es la relativa al manejo que se le da al nombre comercial, marca y otros elementos cuyo uso han sido permitidos por el concedente. En el caso de la concesión, el concesionario hace uso, por ejemplo, de signos distintivos o logotipos que el concedente le ha autorizado utilizar, pero estos no forman parte en la mayoría de casos de su nombre comercial. En la franquicia, la autorización del uso de signos o palabras distintivas es realizada para que estas sean implementadas en el nombre de los establecimientos de comercio del franquiciado.

El manejo que se le da a los signos cuyo uso ha sido autorizado por el concedente (o franquiciante, en su caso) es lo que permite que frente a

³⁶ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Op. Cit., Pág. 38 y ss.

terceros se imponga la imagen que se está tratando con una parte del contrato u otra. Por ejemplo, es claro para quien compra un automóvil en un concesionario de autos (un negocio tradicionalmente manejado en Colombia bajo el sistema de concesión) que quien le ha vendido el bien definitivamente no es el concedente de la marca, ya que el nombre del establecimiento de comercio es diferente a la misma marca. Por otro lado, cuando se compra una hamburguesa (generalmente comercializada por medio de franquicias) se da la impresión que se está comprando directamente ante el franquiciante, porque todos los establecimientos tienen sus mismas características y se llaman igual.

Lo que es recibido por cada una de las partes en los contratos de franquicia y concesión hace también una importante diferencia entre ambos negocios jurídicos. En el caso de la concesión, lo que el concesionario recibe esencialmente es, una serie de bienes por parte del concedente con el objeto que aquél los distribuya en el mercado bajo las indicaciones de éste, mientras que en la franquicia lo recibido por el franquiciado es, de manera primordial, un conjunto de conocimientos que se basan en procesos y métodos de producción. Sin embargo, también puede darse el caso de ciertos tipos de franquicias en los cuales lo recibido sean bienes tangibles, pero siempre acompañados de conocimientos y procesos técnicos tendientes a su posterior distribución.

Las partes que conforman la relación contractual varían según el contrato, franquicia o concesión, que se esté tratando, especialmente desde un punto de vista esencialmente económico. Dentro de la concesión, la relación se presenta entre productor y comerciante, entendiendo al primero como quien fabrica el producto a introducir en el mercado, y su contraparte contractual como quien llevará esta función a cabo. Con respecto a la franquicia, la misma relación se puede entender entre un inventor de ideas, o un lanzador de conceptos, y un comerciante³⁷.

Dentro de los contratos de franquicia se acostumbra la inclusión de cláusulas a favor del franquiciado, para recibir asistencia técnica o tutela periódica del desempeño por parte del franquiciante (situación que se analizará mas adelante), mientras que estas situaciones pueden incluirse o no dentro del contrato de concesión.

La doctrina francesa ha sostenido que la franquicia encaja como un tipo de contrato de concesión. Doctrinantes como Jean Guyénot, han sostenido que la franquicia es una colaboración en el objeto de los contratos de concesión comercial, mediante la cual las empresas se permiten entre sí una cooperación más cercana que repercute indiscutiblemente en el impulso de

³⁷ Algunos doctrinantes norteamericanos se atreven a manifestar que la franquicia es una forma de concesión, ya que se explota un negocio donde la actividad y el mercado son parte de otro, mas aún, omiten interpretar que en la concesión no se otorga el uso de la marca, los métodos de comercialización entre otros.

sus propios productos o servicios. Bajo esta teoría la franquicia es una forma de concesión comercial calificada bajo una terminología propia donde, en el sentir jurídico adoptado, habría lugar a diferencias. Lo anterior fundamentado en establecer que, la concesión del uso de marca y el pago de prestaciones periódicas diferencian totalmente a la concesión de la franquicia, ya que, en este último contrato aquellos son ingredientes esenciales que no existen en la concesión. En la concesión tampoco se concede un método de comercialización, sino que sólo se fijan las pautas de desarrollo comercial³⁸.

4.4. LA FRANQUICIA FRENTE AL CONTRATO DE SUMINISTRO

El artículo 968 del Código de Comercio Colombiano explica que el contrato de suministro es aquél por virtud del cual *“una parte se obliga, a cambio de una contraprestación en favor de otra, en forma independiente, a prestaciones periódicas o continuadas de cosas o de servicios”*.

El profesor Fernando Hinestrosa citado por el doctrinante colombiano Marco Antonio Velilla³⁹ delimita el contrato de suministro de la siguiente forma:

“el suministro en su sentido genuino, es el contrato por medio del cual el fabricante o mayorista, proveedor, se compromete a suministrar, en principio, nada mas que

³⁸ MARZORATI, Oswaldo. *“Sistemas de Distribución Comercial”*. 2da edición. Editorial Astura. 1.995. Madrid - España, Pág. 36 y ss.

³⁹ VELILLA MORENO, Marco Antonio. Op. Cit. Pág. 309 – 310.

bienes, a un consumidor definitivo. El destinatario beneficiario de los insumos o materias primas asegura una provisión regular, con precios estables, y el fabricante o mayorista asegura un mercado; de ahí su entendimiento y su posibilidad de intercambio”.

Sin embargo, en la concepción del mismo tratadista, menciona que el proceso descrito anteriormente cambia sustancialmente cuando se trata del *suministro anómalo*, donde *“el destinatario no es consumidor, sino un intermediario: él adquiere y recibe esos bienes, pero no para su utilización y consumo, sino para revenderlos a otros, éstos sí consumidores definitivos y reales”*.

En cuanto al sujeto *consumidor* como parte de la relación comercial derivada de la celebración del contrato de suministro, el tratadista José Alpiniano García-Muñoz⁴⁰ explica que el empleo de esta denominación es errónea desde un punto de vista legal como económico. La calidad de consumidor la ostenta aquél sujeto que *usa* un bien o servicio para su consumo personal, o mejor aún para satisfacer una necesidad propia. Dentro del suministro ocurre que el *“supuesto consumidor, no siempre actúa de tal forma, sino que en las más comunes ocasiones es un productor que utiliza lo suministrado para generar un determinado bien o servicio”*.

⁴⁰ GARCÍA-MUÑOZ, José Alpiniano. *“Contratos Comerciales”*. Universidad de La Sabana, Chía (Colombia) 2.000. Pág. 224. Ediciones Librería Del Profesional.

Para el autor Javier Arce Gargollo⁴¹, al hablar de contrato de franquicia, no se significa con ello, un contrato de suministro. En la franquicia se abarcan una serie de elementos adicionales que la distinguen claramente del suministro, como lo son la *transmisión del derecho a hacer uso de la marca y el Know How por parte del franquiciante al franquiciado, la asistencia técnica continuada, etc.*

Las precisiones realizadas por el Doctor Gargollo son totalmente acertadas, teniendo en cuenta que a la luz de nuestra legislación comercial, en el contrato de suministro una parte se obliga (proveedor) a realizar una serie de *prestaciones* a favor de otra (usuario), las cuales pueden consistir en dar, hacer, o no hacer determinada cosa. Todas las anteriores, se concretan solamente hasta el momento en que el proveedor transmita efectivamente el dominio de la cosa a la cual se obligó en virtud del contrato; mientras que en la franquicia, el franquiciante, cede momentáneamente el derecho de usar su marca y demás conocimientos industriales al franquiciado, bien sea para producir o efectuar la comercialización de los bienes distinguidos bajo aquella marca, o para prestar un determinado servicio.

⁴¹ ARCE GARGOLLO, Javier. *“El Contrato de Franquicia”*, Editorial Themis IV Edición. México D.F., 1.997, Pág. 78.

No obstante lo anterior, es bueno afirmar que, aunque como se ha visto anteriormente, al hablar de suministro no se esta hablando de franquicia. Implícitamente dentro de la segunda, se encuentra envuelto un *sistema de suministro* por medio del cual, el franquiciante, se obliga a favor del franquiciado, a proveerle de forma periódica durante la vigencia del contrato, todos los recursos necesarios que garanticen el éxito del negocio franquiciado, verbigracia la provisión del *stock* necesario para el funcionamiento de aquél, la asistencia técnica tendiente a la producción y distribución de bienes o servicios, el *Know How*, etc.

4.5. LA FRANQUICIA FRENTE AL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

En el mundo comercial, se conoce al contrato de agencia comercial⁴² como aquel en virtud del cual una persona llamada “agente” se obliga en forma esencial a promover o explotar en una zona geográficamente determinada, productos o servicios de otra llamada “agenciado”, a cambio de una remuneración determinada, junto con otras prestaciones que se generan en el momento de la terminación del contrato. La obligación primordial a ejecutar

⁴² CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 1.317: “Por medio del Contrato de Agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de unos o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

por parte del agente será la de realizar las acciones que estime necesarias en procura que los productos o servicios del agenciado sean efectivamente adquiridos por los consumidores.

Aunque en principio, dentro del contrato de franquicia se desprenden similares obligaciones en cabeza del franquiciado, existen elementos que diferencian totalmente éste negocio mercantil con la agencia, como lo son:

Desde el momento de la celebración del contrato de franquicia, y durante la vigencia de la relación contractual, se presenta una permanente colaboración en el establecimiento de comercio franquiciado por parte del franquiciante, donde se brinda una puntual asistencia en materia de mercadeo y servicio al cliente. Además, con la transmisión del *Know How*, se garantiza el éxito del negocio. En la agencia comercial, aunque también se aprecia claramente una mutua colaboración empresarial por las instrucciones que se imparten y su correspondiente rendición de información⁴³, la labor del agente se desarrolla de acuerdo a su conocimiento del mercado agenciado, y la supervisión que ejerce el agenciado no es tan estricta como la que presenta un franquiciante.

⁴³ CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, Artículo 1321 “El agente cumplirá el encargo que se le ha conferido al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, en las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.”

Dentro de la agencia comercial, el agente tiene derecho desde un principio, a una remuneración periódica que se fija, bien sea sobre un porcentaje sobre las ventas de los bienes o servicios que ofrece al público, o una cantidad de dinero determinada. En la franquicia, el franquiciado debe pagar no solo un derecho de entrada en el sistema de franquicia a favor del franquiciante, sino también un canon periódico determinado por éste dentro del contrato.

En la franquicia, al momento de la terminación de la relación contractual (siempre y cuando medie justa causa y no se constituya abuso del derecho, circunstancia que será analizada mas adelante), al franquiciante no le nace la obligación de indemnizar en la pérdida de la clientela al franquiciado. En la agencia comercial, el agente *siempre* tendrá derecho a que se le indemnice en la pérdida de la clientela que se le ha establecido al negocio agenciado gracias a su trabajo, la cual será equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor⁴⁴.

Al momento de la celebración del contrato de franquicia, es usual entre los empresarios, estipular una cláusula por medio de la cual se le prohíbe al franquiciado, una vez terminada la relación contractual, revelar los secretos a

⁴⁴ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 1.324.

los cuales tuvo acceso gracias a la negociación, e incluso, establecer un negocio con características similares al cual explotó mientras era miembro del sistema, por un periodo determinado. En la agencia comercial, no existe ninguna prohibición para que el agente una vez terminado el contrato, inicie un establecimiento comercial con el objeto de brindar al público similares bienes o servicios a los ofrecidos por su anterior agenciado.

4.6. LA FRANQUICIA FRENTE AL CONTRATO DE ENGINEERING

Por intermedio del contrato de *engineering* (o ingeniería), una empresa se obliga a proporcionar a otra antecedentes y estudios técnicos, generalmente de un alto nivel de especialización, sobre un proyecto o cuestión específica y, en la mayoría de los casos, a ejecutar la instalación misma, sin que se encargue de verificar la forma por medio de la cual se le dará funcionamiento.

Se trata, más en general, de una amalgama de prestaciones y de suministros efectuados por una empresa con el objeto que otra realice una instalación industrial.

La empresa o sociedad de *engineering* es, comúnmente, una entidad interesada en explotar las grandes corrientes científicas, especializada en

ciertas disciplinas no muy comunes en el mercado, que está provista de equipos muy modernos y con favorables contactos internacionales, la cual sirve de apoyo a los demás sectores de la industria, para el confeccionamiento de maquinaria especializada y servicios de última tecnología.

Teniendo en cuenta el objeto primordial del contrato de engineering, se advierte que éste puede incluirse como uno de los elementos del contrato de franquicia. El contrato de franquicia está compuesto por muchos más elementos que el engineering. El primero se refiere al comercio y el último a la industria. Mientras que en el engineering se cede el derecho de uso sobre modelos industriales tendientes a realizar una obra de ingeniería determinada, la franquicia va más allá: se faculta al franquiciado a usar la marca del producto o servicio de propiedad del franquiciante, se le brinda asistencia técnica, se le imponen una serie de parámetros de conducta que garanticen la homogeneidad de los establecimientos adscritos al sistema, etc.

4.7. LA FRANQUICIA FRENTE A LA ASOCIACIÓN EN PARTICIPACIÓN

No puede encontrarse ninguna analogía entre el contrato de franquicia y los derechos derivados de un contrato social, ya que en el primero las partes

actúan de forma independiente, mientras que en el contrato de sociedad nace una nueva relación jurídica por la cual las partes contratantes se entienden como un solo aparato (sociedad propiamente dicha).

Al hablar del contrato de franquicia no se trata de un contrato asociativo sino de uno de colaboración, ya que el franquiciante no participa en las utilidades del franquiciado, y se puede afirmar lo anterior basándose simplemente en los pagos, ya sea de entrada en el sistema, o a los que el franquiciante tiene derecho mensualmente por concepto de porcentaje de ventas, etc. Desde este punto de vista, el franquiciante no corre con el mismo riesgo que el franquiciado, ya que si éste último no obtiene utilidades, aún así debe realizar los pagos estipulados en el contrato, como las regalías, aportes a publicidad y otros que se pacten en el momento de la celebración.

En conclusión, el franquiciado puede sufrir pérdidas e incluso quebrar, y ello no afecta en nada la empresa del franquiciante; mientras que en un contrato de sociedad, todos los partícipes sufren los riesgos de aquella.

8. PARÁMETROS GENERALES DE MERCADO

8.1 ACTIVIDADES FRANQUICIABLES

Es indispensable clarificar primeramente las actividades franquiciables a la luz de cuatro apartados:

- Experimentación.
- Mercado.
- Producto o Servicio ofertado.
- *Know How*.

La primera condición indispensable para augurar un éxito del franquiciante consiste en que su fórmula comercial haya sido probada con buenos resultados. No se puede, o más bien no se debería, pensar en la expansión bajo franquicia si no se ha experimentado con éxito, es decir, que se hayan

obtenido buenos resultados en puntos de ventas propios con anterioridad a la apertura de establecimientos franquiciados.

En otras palabras, de nada vale el tener una serie de conceptos, buenas ideas, encontrar espacios en el mercado, etc. en el mundo empresarial si no se prueba que, puestas en práctica, facilitan al que las sigue el éxito comercial.

Partiendo de una idea probada con éxito, el segundo elemento a considerar para la expansión bajo franquicia es el mercado. Las condiciones favorables del mercado son tres: Crecimiento, Amplitud y Rentabilidad.

La primera condición hace referencia a que el mercado del producto o servicio ofertado se encuentre en la fase inicial del ciclo de vida del producto, es decir, en la fase de lanzamiento o crecimiento. Estas fases son las idóneas para adquirir una determinada participación en el mercado y para la expansión de los puntos de venta ante el incremento de la demanda.

Los franquiciantes parecen considerar la fase de crecimiento como la más adecuada para el lanzamiento de una cadena. La fase de lanzamiento de un producto parece menos adecuada ya que no ha habido tiempo para llevar a cabo una experimentación suficiente.

El tratar de introducir una franquicia en la fase de madurez del ciclo de vida, donde las ventas del sector no crecen, supone desplazar o arrebatarse cuota de mercado a otras empresas establecidas. Las dificultades para una elevación de ventas en estas circunstancias son notorias y la única opción de desarrollarse en franquicia en esta situación es partiendo de una marca de gran notoriedad y elevada imagen y/o, además, con productos o servicios ofertados diferentes o con ventajas de precio o de calidad.

Lo que sí parece claro es que se debe analizar cuidadosamente el ciclo de vida del producto para saber en la fase en que nos encontramos y, también, hacer previsiones sobre el futuro de ventas del sector. En la actualidad nos encontramos con productos que durante un periodo corto de plazo muestran un crecimiento elevado pero que son flor de un día o de una moda pasajera. Indudablemente, este tipo de producto es menos propicio a la franquicia que otros cuyo crecimiento de ventas permanece durante periodos dilatados de tiempo. Desde este punto de vista podríamos establecer sectores de mayor y menor riesgo para la franquicia.

Parece evidente que no deberían ofrecerse franquicias que se fundamentan en productos, ideas o negocios pasajeros. El concepto debe ser durable en el tiempo y no responder a modas coyunturales.

La segunda condición que debe tener el mercado para que sea recomendado como apto para el franchising es la amplitud. Como hemos dicho repetidamente, la franquicia busca la ampliación de ventas a través de la creación de una red de puntos de venta, esto supone que se necesitan unas ventas importantes para asegurar la supervivencia de estos establecimientos. Por tanto, productos de consumo general son mas aptos para la franquicia que productos o servicios considerados como elitistas o de demanda reducida.

La tercera condición que debe tener el mercado está ligada al apartado anterior, es la de rentabilidad. La filosofía de la franquicia de buenos precios u óptima relación precio-calidad sólo conduce a la rentabilidad cuando las cifras de ventas del negocio son elevadas.

Aunque estas tres condiciones del mercado están muy interrelacionadas no siempre se dan de forma conjunta. Un ejemplo clásico: La elaboración y venta de "trajes de toreros", se corresponde con un mercado en madurez o crecimiento, es un mercado rentable pero no es amplio, por lo tanto no recomendable. Por lo tanto, la franquicia no es favorable para la ejecución de esta actividad ya que falta una de las tres condiciones esenciales del mercado: la amplitud.

Las características relativas al producto o servicio ofertado se centran en los tres puntos siguientes: Diferenciación, Competitivo y Surtido. Estas tres características se han desarrollado en el capítulo segundo.

El *Know how* como ya se describió anteriormente, debe ser práctico, original, transmisible y dinámico.

Una vez comprendidas las actividades podemos establecer que las fuentes de reclutamiento más importantes se pueden agrupar según tres conjuntos de personas:

- Personas que necesitan un empleo o una reconversión profesional. En este apartado nos encontramos con personas que intentan convertirse en empresarios. Un caso particular es el de las mujeres trabajadoras que dejan esta labor con el matrimonio y que una vez que pasa el tiempo y han criado a sus hijos quieren volver a la actividad profesional. Existen muchas franquicias especialmente indicadas para las mujeres (productos de belleza, perfumería, textil, etc.).
- Las ventajas de la franquicia en estos casos se hacen evidentes, ya que posibilitan que personas con una formación media puedan acceder rápidamente y de una forma segura a la actividad comercial.

- Comerciantes independientes. Ante el desarrollo, transformación y aumento de la competitividad del comercio, muchos comerciantes se ven superados e incapaces de seguir adelante por sí mismos. Pasar a formar parte de una red de franquicia puede ser una solución que subsane estos problemas.
- Franquiciados actuales. Otra fuente se genera cuando los propios franquiciados buscan aumentar sus inversiones o abrir nuevos negocios para ellos mismos o para alguno de sus hijos u otros familiares. No obstante, algunas cadenas impiden esta actuación contractualmente. Es frecuente que un franquiciado no pueda tener más que un punto de venta de una cadena o que tenga la obligación de no formar parte de otra cadena franquiciada sea competidora o no.

8.2 FUENTES DE RECLUTAMIENTO.

Las formas de reclutar candidatos a franquiciados son diversas. Toda empresa debería poseer estadísticas que analizaran cuáles son las fuentes de reclutamiento que les proporcionan los mejores y peores candidatos para insistir en unas y evitar las otras.

Sin querer ser exhaustivos, se señalan a continuación las fuentes de reclutamiento que más se utilizan para conseguir franquiciados:

8.2.1. Medios De Comunicación. Los medios de comunicación de masas son una fuente de reclutamiento usada profusamente. En principio, podemos afirmar que no existe ninguna limitación en la utilización de un medio u otro de comunicación. De esta forma se observa que para los menesteres de reclutamiento se han utilizado medios como prensa, radio y televisión.

No obstante, se debe tener en cuenta que no todos los medios poseen el mismo impacto, tienen el mismo costo, etc. Las decisiones sobre la elección del medio, como toda decisión económica, debe estar presidida por la eficiencia, es decir, se debe buscar conseguir el objetivo de obtener candidatos a franquiciados de calidad pero tratando que los costos para este fin sean reducidos.

8.2.2 Revistas De Franquicia. Los anuarios y revistas de franquicia, debido a su especialización, se manifiestan como un instrumento idóneo de los franquiciantes para dar a conocer sus ofertas y de los franquiciados para solicitar la franquicia que se adapte a sus deseos.

Los anuarios de franquicia permiten obtener una información sobre las franquicias existentes. También los pormenores de las condiciones de la franquicia ofrecida. Igualmente, permiten al futuro franquiciado obtener la dirección donde contactar con el franquiciante o ampliar la información que suministra al franquiciado. Para el franquiciador supone poder dar a conocer su oferta de cadena franquiciada a una audiencia especializada y, de esta forma, captar a candidatos con un alto grado de implicación. Normalmente, los anuarios proporcionan candidatos de calidad media-alta.

8.2.3. Ferias De Franquicias. Las ferias de franquicia se consideran como el medio más idóneo para reclutar candidatos a franquiciados. Las ferias de franquicia se celebran anualmente y cada año van aumentando en número y participación de franquiciantes.

Estas ferias, que suelen tener una duración que oscila entre tres y siete días, tienen un éxito cada vez mayor, ya que presentan las siguientes ventajas:

- Son la forma más eficaz de lograr buenos candidatos a franquiciados. Las personas que acuden a estas ferias o bolsas de franquicia tienen un alto grado de interés, cuando entran en contacto con un franquiciador, se produce un conocimiento mutuo y directo entre éste y el posible franquiciado.

- Las ferias permiten que entre franquiciador y posible franquiciado se cruce una gran información sobre la franquicia. No hay otra forma que permita al franquiciador explicar en profundidad todas las interrogantes que se le susciten al candidato a franquiciado de una forma tan directa, ya sea verbalmente o a través de folletos, películas, etc.
- Las ferias, además, permiten el contacto del franquiciador de forma múltiple. En el caso de franquicias de distribución en comercio, explicar a la vez a toda la familia del candidato las condiciones y ventajas de la franquicia.
- Normalmente, para el franquiciante las ferias suponen costos reducidos comparándolos con los resultados que se suelen obtener. No hay que olvidar los beneficios indirectos de acudir a una feria de franquicia. Los franquiciantes se benefician, también, de las repercusiones publicitarias que tiene su estancia como expositor en dicha feria.

La feria de franquicia más importante de España es el Salón Internacional de la Franquicia que se celebra en Valencia, existen otros eventos en Bilbao, Madrid y Barcelona. Internacionalmente se destacan la Feria de París

aunque se dan otras como la de Yakarta, Washington, Londres, Utrecht, Bruselas, Zurich, Kyalami, Casablanca, Buenos Aires, Milán, etc.

8.2.4 Marketing Directo. El franquiciante dispone de una última forma como alternativa para reclutar candidatos, es la posibilidad de contactar directamente con aquellos posibles franquiciados que conozca o que sepa que están interesados en integrarse en la red franquiciada.

Esta forma de operar supone que el franquiciante va a tener un comportamiento activo en la búsqueda permanente de candidatos. Una de las formas de llevarlo a cabo es abrir una base de datos que sea conocida a la que puedan acudir en cualquier momento todos los interesados a integrarse en la cadena franquiciada. Igualmente, conociendo las características y el perfil del franquiciado idóneo se pueden utilizar empresas especializadas de marketing directo.

5. CLASES DE FRANQUICIA

No puede hablarse de una división universal del contrato de franquicia, ya que el carácter atípico se presenta en todas las legislaciones y por consiguiente, depende de la doctrina o la jurisprudencia de cada país, determinar los diferentes tipos de franquicias:

Algún sector de la doctrina ha llegado a admitir cinco tipos diferentes de franquicia a saber:

1. "Franquicia Industrial: (Coca Cola, Pepsi Cola), y sus denominadas embotelladoras.
2. Franquicia de Distribución: (productor / comerciante mayorista; productor /comerciante minorista; comerciante mayorista / comerciante minorista, por ejemplo la franquicia que celebran las empresas petroleras con los expendedores de combustible, como lo son Texaco, Chevron, Petrobras).
3. Franquicia de Servicio: (Hertz, Avis, Llamatel, Hola Comunicaciones).

4. Franquicia hotelera: (Marriot, Sheraton, Decameron, Sol Caribe)”.

Al mismo tiempo, las franquicias se pueden clasificar del siguiente modo:

1. “La Franquicia Convencional, en la que el franquiciado tiene el derecho exclusivo de vender el producto o servicio del franquiciante dentro de un área específica. La franquicia convencional a su vez se divide en dos categorías: Franquicia territorial, en la que la subfranquicia está permitida, y franquicia operativa, en la que el franquiciado no puede concluir contrato de subfranquicias estando limitado a vender los bienes o servicios otorgados por el franquiciante.

2. La Franquicia Itinerante, en la que el franquiciado opera siempre dentro de un territorio determinado pero sin constituir un punto fijo de venta sino moviéndose por medio de vehículos comprados o alquilados”.

Teniendo en cuenta las diferentes formas de inversiones financieras que caracterizan al contrato de franquicia se encuentran las siguientes:

1. “Propiedad conjunta, en la que el otorgante y tomador invierten juntos en la empresa.

2. Dirección conjunta, en la que el franquiciante toma a su cargo el peso financiero de las inversiones necesarias pero compartiendo la administración del negocio con el franquiciado.

3. El alquiler, en cuyo caso el franquiciante alquila una empresa al franquiciado y le cede su administración”.

Por otra parte, el autor Henry Cheeseman⁴⁵, establece los siguientes tipos de franquicia vigentes a la luz del *Common Law*:

1. “Franquicia de Distribución (Distributorship Franchisee). El franquiciante fabrica un producto y licencia a un distribuidor, para que distribuya el producto al público. Por ejemplo, la Ford Motor Company crea automóviles y los vende por medio de franquicias adquiridas por distribuidores independientes.

2. Franquicia de Planta de Procesamiento (Processing Plant Franchisee). El franquiciante provee una fórmula secreta al franquiciado, quien en ese momento crea el producto en su área y lo entrega a distribuidores que a su vez serán los encargados que el producto llegue al público. Por ejemplo, la Coca Cola Corporation, que posee la fórmula secreta para crear la Coca Cola y otras bebidas gaseosas, que licencia a embotelladoras nacionales para fabricar y distribuir el líquido bajo el nombre “Coca Cola” y otras marcas y signos distintivos.

3. Franquicia de Cadena (Chain Style Franchisee). El franquiciante licencia al franquiciado para que fabrique y venda su producto o servicio al público, sirviendo un territorio geográfico exclusivo. La mayoría de cadenas de comidas rápidas usan este sistema, como Pizza Hut Corporation, que otorga franquicias a locales comerciales propiedad de independientes para preparar y vender al público pizzas bajo el nombre de “Pizza Hut”.

4. Franquicias de Área (Área Franchises). El franquiciante autoriza al franquiciado a negociar y vender franquicias a nombre del franquiciante. La franquicia de área es llamada subfranquicia, y se usa para garantizar el desarrollo de la franquicia en un área designada de región, país, etc”.

⁴⁵ CHEESEMAN, Henry R. Op. Cit. Pág. 528.

En el sistema Norteamericano se distinguen diferentes clases de franquicia dentro de las cuales encontramos las siguientes:

Business Format (Franquicia de Formato de Negocio): Formato del negocio preestablecido que se entrega como fórmula a una persona que es permanentemente entrenada y controlada. Constituye el 90 % de las franquicias.

Corner Franchising: (Franquicia "Corner", o de espacio): Se habilita un espacio del local para vender productos de determinada marca. Hay contrato, manuales y entrenamiento, pero la inversión es menor.

Distributorship Franchise: (Franquicia de Distribución): Predecesor del anterior donde el franquiciado tiene mayor libertad y menor apoyo. Se usa para embotelladoras y estaciones de servicio como método de expansión.

Franquicia Industrial: Hay una transferencia de *Know How* para producir el bien, requiere gran inversión del franquiciado, es un contrato más complejo que el utilizado por las anteriores modalidades.

Franquicia Individual: Se le otorga a una persona para que opere en un sólo negocio en un lugar establecido, dependiendo de una franquicia maestra.

Multineidad Territorial: Se otorga en un territorio dentro del cual un franquiciado puede abrir varios locales o tener subfranquiados.

Franquicia Maestra o Subfranquicia: Un empresario compra una franquicia en otro país y adquiere el derecho para venderla a otros franquiciados dentro de su país o territorio determinado.

Franquicia por Conversión: Cuando un negocio que vende productos similares a los de la franquicia se transforma en un franquiciado⁴⁶.

Por otro lado, en el ordenamiento francés, acogiendo el enfoque de la Corte Suprema de Justicia de la Unión Europea, se han distinguido las siguientes clases o modalidades dentro del contrato de franquicia:

1. Franquicia de Servicio: Es aquel contrato donde el franquiciado ofrece, distribuye y mercadea un servicio determinado acatando y utilizando las estrategias empresariales, la marca y el nombre comercial del franquiciante, llevando a cabo el servicio bajo las pautas dictaminadas en el contrato (para el caso Colombiano se citan como ejemplos establecimientos como Hola Comunicaciones, Llamatel, Avis Rent a Car).

2. Franquicia de Producción Industrial: En esta clase, el franquiciado se aprovecha del Know How del franquiciante para fabricar productos bajo el sistema o proceso que el segundo ha utilizado en el negocio original y además, se beneficia de la marca para vender dichos productos (es el caso de Coca Cola Inc).

⁴⁶ PATIÑO, Francisco Javier. “La Franquicia en la Práctica”. <http://www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm>. Septiembre de 2003.

3. Franquicia de Distribución: En este tipo de franquicia el franquiciado se enfoca o bien a vender determinados productos del negocio que el franquiciante le ha adocinado, o producirlos bajo las instrucciones y las directrices dictadas para toda la cadena, otorgando además las pautas para realizar la distribución del producto⁴⁷ (típicamente las cadenas de restaurantes, como El Corral, Kokorico, McDonald's).

Debe anotarse que los tres últimos tipos de franquicia son los principales, no obstante de presentarse mezclados frecuentemente dentro de un contrato, como lo estudian los autores citados. Así, es factible que exista una franquicia cuyo objeto sea (por ejemplo) no solo el de producir un bien, sino además el de distribuir el mismo en el mercado y brindar un servicio post venta, teniendo en cuenta la calidad del bien objeto de la franquicia.

⁴⁷ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Sentencia del 20 de enero de 1.986.

6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Dentro del presente estudio comercial, es fundamental determinar las características que se concadenan en la elaboración del presente negocio mercantil. Para ello se debe recurrir a los criterios generales plasmados dentro de la legislación positiva (Código Civil Colombiano), así como aquellas exposiciones elaboradas por la doctrina internacional reconocida en el tema.

En síntesis, el contrato de franquicia posee las siguientes características⁴⁸:

6.1. CONTRATO COMERCIAL

No obstante entiendo el carácter económico, patrimonial y lucrativo de la franquicia, no podemos desconocer el arcaísmo de nuestras cortes, donde se profieren fallos con el siguiente:

⁴⁸ MALDONADO CALDERÓN, Sonia. Op. Cit. Págs. 68-80.

“En el caso que se revisa, no está demostrado que las partes entre quienes se celebró el contrato que se hace valer ejecutivamente, tengan la calidad de comerciantes, ni que el referido contrato tiene el carácter de acto de comercio, dado que no se ha probado que la ejecutante se dedique a "dar habitualmente dinero en mutuo a interés". En tales condiciones, las sanciones previstas en las normas de carácter mercantil atrás citadas no le pueden ser impuestas, porque las que rigen este contrato son las previstas en los artículos 1617 y 2231 del Código Civil; (...)" (Se llama la atención) (T.S. Bogotá, Auto CI-17, ene. 12/96. M.P. Bernardo Morales Casas).

De esta manera, teniendo como base el artículo 22 del Código de Comercio se está llegando a dictaminar que la mercantilidad de este contrato, como los demás, encaja dentro de este ámbito, cuando alguna de las partes es un profesional del comercio.

Ratificando nuestra posición, el fallo de Sala Civil de la Corte, de autoría del Dr. Carlos Esteban Jaramillo, resalta la siguiente interpretación:

“Bien sabido es que al igual que ocurre con el Derecho Civil, el Derecho Mercantil se ocupa de regular relaciones privadas pero evidentemente no todas sino aquellas que de acuerdo con el ordenamiento positivo constituyen la que acostumbra a denominarse “materia comercial”. Por eso es necesario, como acontece con cualquier estatuto normativo de carácter especial singular, que él mismo se ocupe de filar la clase de relaciones a las cuales les es aplicable, y a este objetivo tienden sin duda alguna, por lo que el Código de Comercio Vigente en el país concierne, un buen número de sus disposiciones de entre las que aquí importa destacar los Arts. 1o, 11, 20, 21, 22, 23, 24 y 100 de dicho cuerpo legal, habida cuenta de que son ellos los que de manera general por lo menos, van a permitir saber, en cada caso particular, si el negocio, contrato u operación de que se trata da origen o no a

un verdadero “asunto mercantil”, independientemente de la calidad subjetiva de empresarios individuales o sociales (Comerciantes) que tengan quienes participaron en su celebración o en su ejecución, esto por cuanto no es esa calidad, contra lo que podría suponerse sin mayor estudio del tema, el único elemento que permite reconocer el acto de comercio y calificarlo como tal para los muchos conceptos en que hacerlo es cuestión jurídica prioritaria. En efecto, adoptando este criterio que predomina en las legislaciones modernas, el Art. 11 del Código de Comercio Colombiano pone de presente con absoluta claridad, al igual que lo hacía el Art.10 del Código derogado en 1972, que los actos de comercio, sin dejar de serlo, pueden ser llevados a la práctica accidentalmente o de manera ocasional por personas civiles que no tienen el hábito del comercio ni hacen una profesión de la repetición habitual de actividades que la ley refuta mercantiles” (el llamado no es del original) (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –Sala de Casación Civil– Sentencia del 7 de febrero de 1996)

En este orden de ideas, en el orden económico y, en este caso concreto, comulgando con la teoría del doctor Gabino Pinzón sobre el animo de lucro como elemento determinante para acoger los actos jurídicos como mercantiles, entendemos que la Franquicia per-se y por sus implicaciones, empresariales, de organización, de operatividad y su inexpugnable inclinación hacia el lucro de ambas partes, inminentemente resulta un negocio plenamente mercantil que se somete a sus reglas. Actualmente el acto de comercio debe ser interpretado como todo acto humano exteriorizado en el cual se producen obligaciones comerciales, el concepto debe ser bastante amplio para poder cobijar y amparar todas las necesidades que hoy día trae consigo el derecho comercial.

En primera medida se puede afirmar que el contrato comercial es *“el acuerdo por medio del cual una persona con una necesidad por satisfacer y otra que puede satisfacer tal necesidad establecen las pautas bajo las cuales se llevará a cabo la satisfacción de la respectiva necesidad”* (intercambio de bienes o prestación de servicios).

Este, ostenta como regla general, de un carácter bilateral, oneroso y conmutativo, lo cual está aceptado por el derecho positivo al regular la forma por la cual se llevará a cabo la prestación, e incluso la forma en que se pagará el precio, honorarios o remuneración de aquél, cuando las partes no lo hayan establecido. Se pueden citar como ejemplos las regulaciones establecidas en los artículos 970, 1.163 y 1.170 del Código de Comercio Colombiano^{49 50 51}.

En cuanto a la contraprestación económica que se efectúa al realizar el pago convenido por las partes en determinado contrato comercial, debe entenderse que si el acuerdo de voluntades es de dar algo, entonces la

⁴⁹ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 970: *“Si las partes no señalan el precio del suministro, en todo o para cada prestación, o no fijan en el contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades, se presumirá que aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y día del cumplimiento de cada prestación”*.

⁵⁰ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 1.163: *“Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo”*.

⁵¹ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 1.170: *El depósito mercantil es por naturaleza remunerado. La remuneración del depositario se fijará en el contrato, o, en su defecto, conforme a la costumbre y, a falta de ésta por peritos”*.

contraprestación equivaldrá al valor económico o precio del bien que se tradita; si la prestación consiste en permitir el uso o goce de algo, o en hacer determinado bien o servicio, se generara la contraprestación de pagar el precio de su confección o ejecución; por último si la prestación consiste en no hacer determinada cosa, corresponde una contraprestación equivalente al valor económico que deja de percibir el deudor que se abstiene de realizar aquello que se ha comprometido a no hacer.

En materia de comercio internacional, un agente generador de cualquier negocio mercantil (proponente u oferente), busca iniciar una relación contractual con el fin primordial de reducir sus costos de operación, y de esta manera, obtener diversos beneficios que no hubiera podido alcanzar desarrollando su objeto comercial por su propia cuenta. Por otro lado su cocontratante, recibe beneficios al incursionar en un nuevo mercado, u obtener mercaderías novedosas, lo cual viene en la mayoría de los casos, respaldado por la posición que en el comercio éste posee.

De esta forma, se logra ampliar la clientela de un determinado producto, generando así, un capital con el cual se puede mejorar los estándares de

producción. Es así como figuras como la maquila⁵², se imponen en el mundo cada vez con mayor frecuencia.

Al momento de perfeccionarse un contrato comercial reuniendo todos los requisitos legales que ello implica, se genera una ley, tal y como lo establece el artículo 1.602 del Código Civil Colombiano⁵³. Cada una de las partes se ha comprometido a dar, entregar, hacer, o no hacer algo, en otras palabras, las partes se han obligado a actuar dentro de los límites expresados por su libre voluntad. Desde esta perspectiva, el contrato impone la realización de una conducta preestablecida a cargo de las partes intervinientes, por lo que se convierte en una ley propiamente dicha, la cual también determina la materia o contenido del contrato.

El acuerdo de voluntades que se genera entre las partes, configura una *ley* para éstas, por lo que del contrato se exige su total cumplimiento. Esta idea no solo se encuentra sustentada a nivel positivo por los artículos 4° del Código de Comercio Colombiano⁵⁴, y 1.602 del Código Civil Colombiano⁵⁵, sino que además está ratificada a nivel internacional como principio de

⁵² Forma por la cual intervienen diversos agentes a lo largo de una misma y homogénea cadena de producción de un bien determinado.

⁵³ *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

⁵⁴ *“Las estipulaciones de los contratos celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.*

⁵⁵ *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

Derecho Mercantil, (artículo 1.3 de los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales⁵⁶). En este acuerdo, cada parte se encuentra obligada a cumplir una determinada *prestación* dentro del término estipulado de común acuerdo, que de llegar a ser incumplido, puede servir como fundamento para interponer las acciones judiciales tendientes a la declaratoria de rescisión del contrato, restitución e indemnización de perjuicios.

Por otro lado, la doctrina internacional, explica cual debe ser la ley aplicable a cada uno de los contratos mercantiles en particular. Salvo contadas excepciones, se establece que se les debe aplicar la ley del territorio a la que los contratantes se hayan sometido expresa o tácitamente (teniendo en cuenta el lugar donde se perfeccionó el contrato o el lugar donde se deban cumplir las prestaciones contraídas), como lo manifiesta la Convención Interamericana de 1.994 sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, para la cual *“el contrato de rige por el derecho elegido por las partes”*.

No obstante al tratar los acuerdos de voluntades destinados a crear, modificar, o extinguir obligaciones, diversos tratadistas se encargan de estudiar la división entre las que se desenvuelven dentro del ámbito

⁵⁶ www.unidroit.com

comercial y las que tienen aplicación puramente civil, situación que ha ocurrido desde el origen del derecho privado y al parecer, continuará siendo una constante aún cuando la tendencia a la unificación del Derecho Privado a nivel mundial cobra mayor importancia.

La unificación del Derecho Privado puede brindar soluciones a la duda que surge a la hora de analizar un contrato, sobre si éste se desenvuelve en el ámbito comercial o civil, ya que de existir un solo Derecho Privado, no habría lugar a debatir las características y naturaleza de los modelos contractuales.

El punto principal de discordia entre los doctrinantes es determinar de manera exacta, cual es el criterio que logra la distinción entre un tipo de contrato y otro. Para algunos, este se basa en las modalidades especiales, traducidas en las circunstancias particulares de cada contrato, es decir, que un contrato sea mercantil, depende de la redacción y de las características peculiares del mismo.

Otro sector de la doctrina por su parte, y contrario a la postura anterior, concluye que sí existe una manera de determinar el carácter mercantil de los contratos, sin necesidad de analizar sus características particulares, y esta es, analizando si existe onerosidad en el negocio jurídico o no, es decir, si se presenta ánimo de lucro para las partes que lo suscriben. La razón de ser de

esta explicación es que la gratuidad y el desinterés son circunstancias que no se presentan dentro del manejo de actividades económicas, que son a su vez las que dan base al Derecho y la contratación mercantil.

También se puede reconocer el carácter mercantil de una contratación en particular, analizando la calidad de empresario que ostente alguna de las partes en el contrato.

Independientemente de la manera en que se determine la calidad de mercantil o no de un contrato, debe tenerse en cuenta que hay calidades que distinguen a uno de otro, como lo son⁵⁷:

6.1.1. En su periodicidad: Los contratos mercantiles suelen celebrarse de una manera repetida, en serie, como las compraventas en centros comerciales, los seguros, contratos de transporte, suministro, etc.; mientras que en los contratos civiles, por su parte, son celebrados generalmente de una manera esporádica, o por una sola vez.

6.1.2. Por los modelos de contratación: El hecho de usar modelos preestablecidos para contratar, limitándose a cambiar los espacios en blanco

⁵⁷ NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. “Obligaciones y Contratos Mercantiles”, Editorial Legis Volumen V, Segunda Edición 2.002. Pág. 36 y S.S.

por la identificación de las partes contratantes y las condiciones expresadas por las mismas, se presenta tanto en la contratación civil como en la comercial, pero es indudable que si una de las cláusulas en blanco señala la calidad de la mercancía, el valor a pagar por la misma, o similares, se encuentra frente a un modelo mercantil⁵⁸.

6.1.3. Por la distancia entre las partes: En la inmensa mayoría de los casos, cuando se desarrolla un contrato de carácter civil, las partes que lo suscriben se encuentran presentes en el mismo lugar que lo celebran, mientras que la contratación comercial, por su carácter internacional, se realiza frecuentemente entre personas que ni siquiera se conocen, o no comparten el mismo idioma. Por otro lado, el uso de herramientas de

⁵⁸ Contenido del contrato en Europa. Para entender celebrado el contrato de franquicia bajo el régimen europeo es esencial convenir en los siguientes puntos:

1. Modalidades y condiciones de pago.
2. Duración del contrato y bases de la renovación.
3. Derechos del franquiciador ante una eventual cesión del contrato.
4. Definición de los derechos territoriales (zonas de exclusividad).
5. Bases para el reparto de los activos.
6. Inclusión en los gastos de suministro, seguros y costos de transporte de las mercancías.

Se deben establecer en el contenido, ciertas obligaciones a cargo del franquiciador, entre las cuales se encuentra brindar asistencia en el sector de promoción y publicidad, de tecnología y saber hacer, administración y comercio y financiera y fiscal.

Por su parte, para el franquiciado recaen también ciertas obligaciones entre las cuales se encuentran, suministrar cuentas y datos de funcionamiento, así como acatar los mandatos y consejos del franquiciado.

Sin embargo, tal y como lo sostiene Francisco Casa (autor ya citado), el contrato para ser válido y existente debe versar indispensablemente sobre los siguientes puntos:

1. Identidad de los contratantes a través de sus firmas ya sea como persona natural o el representante legal de la persona jurídica.
2. Objeto del contrato, definiendo en qué consiste, dónde y cómo se llevará a cabo y junto con las modalidades de terminación.
3. Motivación del franquiciador: descripción de la red de franquicia. Del franquiciado. Circunstancias personales y actividades mercantiles.

Son realmente tres elementos esenciales que permiten laxitud en uso.

comunicación también es determinante a la hora de distinguir un contrato civil o mercantil, ya que los realizados por medio de Internet, por teléfono, o haciendo uso de cualquier otro medio de intermediación entre las partes, son generalmente mercantiles.

6.1.4. Por la resolución de conflictos: Tomando como base la calidad de internacional que tiene el Derecho Mercantil, se parte de la idea que los conflictos entre particulares que, tienen diferentes lugares de residencia es bastante habitual, y para hallar solución a ello, existen organizaciones de carácter internacional que tienen como una de sus funciones la resolución de los conflictos descritos anteriormente, o la creación de normas con vigencia internacional que los solucionen, como son la ICC (International Chamber of Commerce, París), la WTO (World Trading Organization, Ginebra), UNCITRAL (United Nations Comisión on International Trade Law, Viena), UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, Roma), y otras. El simple hecho de la existencia de entidades como esta en el Derecho Mercantil y no en el Civil es una clara diferencia entre ambas materias.

6.1.5. Por la adhesión: La figura de los contratos de adhesión dentro del ámbito privado se presenta en los contratos comerciales, ya que en la mayoría de los casos una parte más poderosa que su contraparte para crear

y aceptar un modelo contractual al que quien ostente menos poderío simplemente se adherirá. El poder que se está tratando es generalmente de orden económico, por lo que se reafirma la idea que la contratación por adhesión es comercial. Ejemplos de estos contratos son los bancarios, de seguros, de transporte, todos ellos puramente mercantiles.

6.1.6. Por los medios probatorios: Los medios probatorios que se usan frecuentemente para aclarar diferencias entre empresarios, como lo son los libros de comercio, registro mercantil, certificado de propiedad industrial, y otros, los cuales gozan del carácter de mercantiles. En la contratación civil los medios probatorios usados son los generales, sin existir medios probatorios especializados.

6.1.7. Por las sociedades: Debe recordarse que la legislación nacional permite la existencia de sociedades de carácter comercial y civil, situación que no se presenta en los modelos de legislación unificada del Derecho Privado. Independientemente del tipo de sociedad de la cual se esté tratando, su regulación se sujetará a lo estipulado por el Código de Comercio, tal como lo señala la Ley 222 de 1.995, la cual generalizó la mercantilidad de las sociedades cuando ejecutan actos mercantiles mixtos (civiles y comerciales).

Teniendo en cuenta lo anterior, puede asegurarse que en lo respectivo a la regulación de las sociedades, es la legislación mercantil la aplicable al igual que los modelos de contratación que celebren, pero desde otro punto de vista, el hecho que la ley permita la división entre sociedades comerciales y civiles, permite también el tratamiento civil o mercantil de los actos que realicen respectivamente. Debe analizarse puntualmente el caso del cual se esté tratando para saber si la legislación mercantil es aplicable.

6.1.8. Por la costumbre: En caso de presentarse algún vacío en un asunto de carácter civil, la manera de suplirlo es por medio de la analogía. En el Derecho Mercantil se le da especial importancia a la costumbre, nacional o internacional, lo que permite la existencia y aplicación de estipulaciones que no son necesarias expresar textualmente, sino que de su mención se entiende, por costumbre, su aplicación, como ocurre cuando en un contrato internacional se usa un término INCOTERMS que no entra a ser definido por las partes, ya que se ha adoptado la costumbre que con la simple mención de cada uno de ellos es suficiente para determinar los efectos que produce según los convenios internacionales que los compilan, como la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías.

6.1.9. Por la intervención estatal: La manera en que el Estado interviene sobre los modelos de contratación mercantil y civil son diferentes. En la

segunda, se presenta el monopolio del estado mediante la creación de legislaciones, verbigracia el Código Civil. Por otra parte, hablando de Derecho Mercantil y sus modelos de contratación, es evidente que a pesar de la creación de normatividad, se le da además cierta libertad a los contratantes, para que estipulen los efectos del negocio, las causales de rescisión o de terminación, etc., todo en aras del principio de consensualidad en los negocios mercantiles.

Es importante clasificar el contrato de franquicia dentro de una de las legislaciones del derecho privado que regulan los diversos comportamientos humanos. Lo mas importante es que dicha clasificación va a determinar, entre otros aspectos, la legislación de fondo a aplicar; la eficacia de la costumbre como medio de prueba; las reglas que lo gobiernan; la capacidad de las partes; en fin, en ciertas circunstancias, la profesión de las partes que lo celebran⁵⁹.

Lo anterior no se ha presentado de manera uniforme dentro de la doctrina internacional, toda vez que la franquicia no ha sido reducida a ley nacional ni por la legislación civil ni mercantil de ningún país, ya que la normatividad existente es emitida en cada país por entidades (privadas o gubernamentales) diferentes al respectivo parlamento u órgano legislativo.

⁵⁹ OLAVARIA, "*Manual de Derecho Comercial*". Barcelona, España, 1.969, Pág. 100 y ss.

En este punto es bueno recordar lo que se entiende por comercio⁶⁰: *“rama de la actividad humana que tiene por objeto la aproximación de productos al consumidor por medio del cambio o de las operaciones que tienden a facilitarle o extenderle habitualmente, con intención de lucro y en el tiempo, lugar, calidad y cantidad convenientes”*.

Si se analiza el contrato de franquicia desde la óptica del referido concepto, se constata que su contenido le coincide.

En primer término, se puede afirmar que la franquicia lleva implícita un sistema de distribución, donde el objeto primordial es llevar un producto o un servicio desde su fuente de origen hasta el consumidor o usuario.

Por otro lado, al interior de la franquicia está inmersa la idea económica de cambio: el franquiciante cede al franquiciado el uso de su marca o de su emblema, lo provee de asistencia en la creación de su negocio, le da financiamiento especial y propaganda central; en fin, lo ayuda financiera, técnica, comercial y administrativamente, porque éste, a su turno, le permite una adecuada colocación de los productos o servicios que figuran en el mercado con los colores de su signo o marca; le da oportunidad de

⁶⁰ MALDONADO CALDERÓN, Sonia. Op Cit. Pág. 71.

establecer una cadena de distribución a través de comerciantes independientes cuando financieramente no está capacitado para hacerlo por sí solo; le brinda fidelidad, etc.

Finalmente, tanto el franquiciante como el franquiciado se vinculan recíprocamente, y soportan sacrificios patrimoniales individuales, ya que estiman que están obteniendo un beneficio económico de valor superior al que representan sus cargas.

Por su parte, en los Estados Unidos de América, se ha impuesto la obligación solemne de inscribir los contratos de franquicia suscritos, en un registro especial de carácter estatal, cumpliendo así, la exigibilidad de hacerlos públicos través de dicho registro para proteger a terceros. En la mayoría de los casos, las ofertas de franquicias deben ser abiertas al público con el propósito de permitir a las autoridades investigar y vigilar la veracidad y seriedad de las mismas y a su vez, que todos los comerciantes en el territorio respectivo puedan adquirirlas, lo cual contraría un poco la característica atribuida a la franquicia al clasificarla como *intuitu personae*.

Aun existiendo dichas solemnidades, la doctrina norteamericana⁶¹, ha establecido que debe dársele un manejo flexible a la franquicia, sin embargo, es cardinal respetar algunos temas que permiten el correcto funcionamiento y la utilización de dicho instrumento, tales como:

- Darle especial protección a ciertos contratos de franquicias cuando se trate de inversión extranjera donde se manejan pequeños volúmenes.
- Enumerar dentro del instrumento, las obligaciones de las partes de forma clara, cierta, concisa y expresa, para así poder manejar una correcta ejecución del mismo. Exaltan principalmente la descripción del conjunto de conocimientos técnicos que se van a transmitir.
- Es imperativo pactar la independencia de las partes. (De acá se partirá para sustentar la independencia en la responsabilidad).
- El término debe ser consensual pero nunca indefinido. Bajo este último supuesto, las partes podrían verse insertos en el pago de una

⁶¹ ZWISLER, Carl. "Master Franchising Selecting Negotiating and Operating Master Franchise". 1.995. - KESLER, Friedrich. "Vertical Integration through Contract", en YALE LAW JOURNAL, Vol. 66. Pág. 36 a 48; 78 a 86 y s.s. www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R4A1/Franquicias.htm; www.yale.edu/yalelj/Mastheads/volume%20112.pdf. Octubre de 2.003.

indemnización que se definirá por el Juez en la interpretación de las circunstancias que rodean las relaciones entre las partes a la terminación unilateral del mismo.

- Las cláusulas contenidas dentro del Contrato de Franquicia no pueden afectar el derecho de la competencia, pues sería atentar contra el ideal económico Norteamericano.

La evolución constante del contrato atípico que nos concierne, en su vital aplicación, ha sido dotado de una flexibilidad mercantil que paulatinamente ha generado diferentes especies o modalidades de sí mismo. Hoy día en territorio norteamericano, se distinguen diferentes tipos de franquicia entre los cuales encontramos algunos que se enfocan o especializan directamente en algún sector de dicha explotación, ya sea, el manejo de la marca o nombre, de distribución exclusiva o no y de explotación industrial bajo las modalidades de manejo individual múltiple, Master Franchise o Corner Store⁶² (pequeña Franquicia).

El excesivo intervencionismo estatal coarta el principio de la autonomía de la voluntad que dio paso a la aplicación de contratos atípicos y por tanto resulta

⁶² KARP, Allen. *"The Business Franchise Contract, a Legal analysis of Franchising Today"*, en *"Panel Problems In The Law Of Contract"*. 1.981. www.franchisee.org/Blast%20Fax/9904%20blast%20fax.htm Septiembre 12 de 2003 - Marzo 15 de 2.004.

un tanto innecesario impregnarlos de formalismos, tal y como sucede en el derecho anglosajón al exigirse el registro especial de los franquiciantes⁶³. Esto sin desconocer que dicha exigencia encuentra su causa final en lograr un paulatino control sobre la actividad franquiciadora, evitando fraudes y vacíos, en defensa de los intereses económicos de los empresarios franquiciados.

⁶³ “Regulación de las Ventas Franquiciarias”. (Regulate Franchise Sales). La FTC (Franchise Rule) ha detallado las regulaciones acerca de cuando el documento del descubrimiento básico debe darse a un concesionario probable. La persona natural o jurídica debe registrarse en el Estado confederado antes de proceder a ofrecer una franquicia en el mismo o a un residente de tal Estado. Incluso, para la pre-aprobación se necesita de la asesoría de una agencia de publicidad, la preparación de los materiales de las ventas a los concesionarios probables, registro de franquicia estatal y un manual de ventas detallado.

Gran importancia ha tomado el contrato de franquicia tanto en Estados Unidos como en América Latina al concebir éste como una forma eficiente y célérica de inversión extranjera, ya sea por parte de un país en territorio Norteamericano o de éste en el comercio internacional. Es una forma básica y sutil que permite a los extranjeros, invertir en los Estados Unidos de América bajo el cumplimiento de parámetros establecidos por su gobierno de tal forma que puedan ser regulados y protegidos.

Así las cosas, quien desee invertir en suelos norteamericanos, debe cumplir con los siguientes requisitos para poder ingresar en el mercado más fuerte del mundo, bajo la concepción de estado unitario:

1. Se debe operar en el mercado acatando en su integridad la normatividad regente tanto en el estado federal como en el estado confederado en el cual se planea desarrollar dicha función económica. Se debe cumplir no sólo con la regulación del contrato de franquicia, sino que, además debe el comerciante o empresario, conocer, respetar y cumplir los deberes propios del negocio que desea explotar.
2. Se debe determinar el tipo de entidad bajo la cual se va a operar en suelos americanos.
3. Negociar, celebrar y ejecutar el contrato de franquicia bajo los parámetros establecidos por la normatividad regente.
4. Por último, se debe suscribir el contrato de forma solemne, acatando la exigencia de reducir dicho acuerdo a escrito para establecer un documento que lo gobierne. Es imperativo suscribir dicho documento que contiene y se basa en el llamado “franchisor’s offering circular”, o documento de oferta del franquiciante, así como los demás documentos legales que implique el negocio determinado que se desarrollará a través de la franquicia.

En el régimen anglosajón, el contrato de franquicia implica compartir tanto obligaciones como responsabilidades en el desarrollo del negocio entre el dueño de una marca y la persona que desea invertir en la adquisición de la licencia que le permite usar el complejo entero (utilizar el nombre y el plan de la franquicia) del negocio.

6.2. CONTRATO BILATERAL

La franquicia es un negocio comercial bilateral, pues ambas partes contratantes se obligan recíprocamente⁶⁴ (artículo 1.496 Código Civil Colombiano⁶⁵, el cual tiene aplicación para efectos de contratación mercantil, en virtud del artículo 822 del Código de Comercio Colombiano⁶⁶).

El franquiciante se obliga, básicamente, a ceder al franquiciado el uso de su marca, de su emblema o nombre, o ciertas técnicas o métodos de comercializar un producto o servicio, y a asistirlo permanentemente en el funcionamiento de su establecimiento comercial, durante el tiempo de vigencia del contrato. El franquiciado, a su vez, se compromete a remunerar al franquiciante, y a ejecutar sus directivas en el ejercicio de su actividad.

6.3. CONTRATO ONEROSO

⁶⁴ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 864. *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.*

⁶⁵ *“El contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”*

⁶⁶ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 822. *“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.....”.*

El contrato de franquicia es oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (artículo 1.497 Código Civil Colombiano⁶⁷).

La utilidad para el franquiciante, se ve representada en las prestaciones pecuniarias que recibe del franquiciado (derecho de entrada y cánones periódicos), además de todas aquellas que a la postre significan un beneficio estimable en dinero, verbigracia, la función promocional que ejerce sobre su marca o su emblema al estar presente en los establecimientos franquiciados, lo cual aumenta su atractivo sobre el público. Así mismo, y según las modalidades del contrato, el franquiciante recibe la remuneración por concepto de las mercaderías suministradas, créditos otorgados y otros conceptos que se estipulen dentro del contrato.

La utilidad del franquiciado se manifiesta principalmente, en su facultad de usar la marca o el emblema del franquiciante, y en gozar de la asistencia que le presta éste en la puesta en marcha y en el desarrollo de su actividad.

⁶⁷ *“El contrato es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.*

6.4. CONTRATO PRINCIPAL

La franquicia es un contrato principal, porque subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención similar (artículo 1499 Código Civil Colombiano⁶⁸).

6.5. CONTRATO CONMUTATIVO

El contrato de franquicia es conmutativo, ya que 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 (artículo 1.498 Código Civil Colombiano⁶⁹).

A la luz del artículo 1.441 del Código Civil Chileno, la tratadista Sonia Maldonado Calderón⁷⁰, explica que el contrato de franquicia es conmutativo, porque la estimación del sacrificio que debe realizar cada una de las partes, en relación al beneficio que se proponen obtener, se puede hacer con certeza en el momento de su celebración. La entidad del sacrificio puesta en relación con la ventaja, es decir, la entidad del riesgo al que cada contratante se expone, puede ser conocida y evaluada en el acto de la formación del contrato.

⁶⁸ *“El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención”.*

⁶⁹ *“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”.*

⁷⁰ MALDONADO CALDERON, Sonia. *Obra Op. Cit.* Pág. 73.

6.6. CONTRATO CONSENSUAL

El contrato de franquicia se perfecciona por el solo consentimiento de las partes; o sea, con prescindencia de formalidades *ad solemnitatem* (artículo 1.500 Código Civil Colombiano⁷¹).

Cabe señalar que la regla de oro en materia de perfeccionamiento de los contratos mercantiles es aquella según la cual todos son consensuales, a menos que la ley los afecte al cumplimiento de alguna solemnidad (artículo 824 del Código de Comercio Colombiano⁷²).

Como consecuencia ineludible de la libertad contractual, la voluntad de los particulares es soberana para crear y regular toda clase de relaciones jurídicas⁷³. Es así como se permite la posibilidad que los contratantes en ejercicio del principio mencionado, acuerden que el contrato mercantil no quedará perfeccionado hasta que se verifique el cumplimiento de una determinada solemnidad; verbigracia, la escrituración del documento contractual. La ley mercantil establece que “será inexistente el negocio

⁷¹ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 1500. “Un contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”.

⁷² “(...) cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad”.

⁷³ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 4. “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades substanciales que la ley exija para su formalización”⁷⁴, desde este punto de vista, y sobre todo teniendo en cuenta que las estipulaciones contractuales se entienden como ley para las partes (artículos 1602 Código Civil, y 4° Código de Comercio), se puede afirmar que la formalidad exigida por las partes tiene la misma fuerza vinculante que una disposición legal, por lo que su incumplimiento acarreará entonces una inexistencia, sin perjuicio del resarcimiento exigible de los daños causados en virtud del incumplimiento registrado.

En caso de no tenerse en cuenta generaría un incumplimiento contractual por el cual la parte infractora debe presentar el respectivo resarcimiento de perjuicio. En tales casos se estará frente a una formalidad convencional y, por ende, surtirá efectos sólo entre las partes⁷⁵.

⁷⁴ CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 898.

⁷⁵ En el sistema norteamericano, se le han impuesto ciertas formalidades al contrato de franquicia, convirtiéndolo en un contrato parcialmente solemne. El FOC (circular de ofrecimiento de la licencia), es un documento básico del acceso para la franquicia requerido por la normatividad comercial federal y las leyes de ciertos estados a través de la FTC (Federal Trade Commission) o Comisión Federal de Comercio.

La mayoría de los medianos comerciantes utilizan un FOC porque ciertos estados no aceptarán su actuar franquiciario sin tener este previamente. Sin embargo, existe otro documento, el UFOC (Circular de Ofrecimiento Uniforme de Franquicia) que también los acredita pero que es un tanto complicado. De esta manera quien desee franquiciar tendrá la opción de tomar cualquiera de los dos documentos.

El UFOC por su parte será aceptado en los Estados que requieren el registro mientras que el formato del FTC no será aceptado generalmente. Mientras que el formato del FTC es aceptado en 35 Estados incluyendo la Florida, Puerto Rico y las islas Virgen, California, Illinois, Minnesota o Nueva York, el formato del FTC no será aceptado generalmente en estos Estados sin la modificación substancial. Puede haber circunstancias limitadas cuando se desee utilizar el formato del FTC, pero entonces la empresa podrá ser imposibilitada para vender o comerciar con franquicias dentro del estado confederado, y con los residentes de los estados que no se adhieren al mismo.

El formato de FOC (circular de ofrecimiento de la licencia) es levemente más comprensivo, requiriendo 22 artículos de información, mientras que el formato del FTC requiere 20 artículos de información. Muchos de estos artículos del acceso son similares. La persona media puede no reconocer fácilmente la diferencia entre los dos formatos.

El formato de FOC requiere la presentación de estados financieros revisados al inicio de la franquicia, incluyendo los tres años anteriores de la operación (obviamente con otros franquiciados o en su negocio originario), el acceso de las obligaciones del concesionario y el acceso de cambios en franquicias sobre un período de tres años. También, el formato de FOC requiere el acceso de materias del pleito y de la bancarrota por un período del tiempo más largo que el formato del FTC (diez años contra siete años para el pleito y quince años contra siete años para la bancarrota). Es decir, incurriendo durante este periodo específico en alguna de esas materias, ya sea pelitos o bancarrota. (capítulo once para personas jurídicas o empresas, Ley 550 de 1.999 en Colombia o capítulo 13 para personas naturales).

Hay obligaciones adicionales del acceso bajo el formato de FOC incluyendo la publicidad del programa y de sistemas informáticos. Estos son solamente algunas de las diferencias (Fuente: KANOUSE, Keith. *"The Role of an Attorney in Purchasing a Franchise"*, 1.997. www.kanouse.com). Septiembre 26 de 2.003.

La regulación federal establece la obligación de que el franquiciante suministre al eventual franquiciado un documento previo, ya sea el FOC o el FTC, que proporcione información acerca del franquiciante, su negocio y las condiciones del contrato de franquicia, así como copias del contrato propuesto. (la oferta en realidad). Eventualmente puede exigirse una información suplementaria, relativa a los beneficios actuales y potenciales que disfrutará el franquiciado (Earnings Claim Document) (Fuente: VANEGAS SANTORO, Antonio. *"El contrato de Franquicia"*. Ediciones Librería del profesional. 1.999. Pág. 88 y s.s).

En este orden de ideas, todo franquiciante debe otorgar al franquiciado el Basic Disclosure Document en el cual se exponga la siguiente información (Solo se resaltan los mas importantes):

1. Experiencia del franquiciante.
2. Litigios anteriores. así como concursos y quiebras del franquiciante.
3. Pago inicial requerido al franquiciado. Así como ingresos que recibirá el franquiciante en la relación de compras que efectuó el franquiciado. Personas asociadas al franquiciante.
4. Información financiera.
5. Programa de entrenamiento.
6. Elección del área territorial.
7. Terminación, cancelación, y renovación de la franquicia.

El incumplimiento de esta obligación implica incurrir en un práctica desleal, y genera las siguientes sanciones: un procedimiento administrativo al cabo del cual el franquiciante será intimado a cesar y desistir en dichas prácticas, condenas civiles de hasta USD \$10.000 por violación legal, indemnizaciones por rescisión o reforma del contrato, restitución del dinero entregado a cuenta o depósito y el pago de los daños causados (Fuente: MARZORATI, Oswaldo. *"Sistemas de Distribución Comercial"*. 2da edición. Editorial Astura. 1.995. Pág. 275).

Actualmente existen al menos quince estados que poseen leyes similares a la regulación que describíamos anteriormente perteneciente a la ley federal. Otros diecisiete Estados, además de exigirlo, establecen como obligatoriedad el registrar los contratos. En la mayoría de los Estados federados, se aplica el uso del formulario Uniform Franchise Offering Circular (UFOC) como modelo para cumplir las obligaciones de información y registro local. La comisión federal de comercio, ha manifestado que dicho formulario otorga protección al futuro contratante y por tanto, su aplicación es realmente útil para el desarrollo y regulación del presente contrato pues concede mayor seguridad a las partes. (Fuente: GAST, Oliver. *"Aperçu General de la Americane Sur Le Franchising"*, en *"Revue Trimestrielle de Droit Commercial."* 182 –235.)

Por Último, debe mediar la inclusión, en el acuerdo de cesión de la licencia de operaciones, las obligaciones y los deberes de cada una de las partes relacionadas con la operación del negocio. (Fuente: KLEIDERMACHER, JAIME. Op. Cit).

6.7. CONTRATO INNOMINADO O ATÍPICO

Se entiende por contrato atípico, aquel que no se encuentra descrito en un tipo legal, y subsecuentemente, no está especialmente regulado por ningún tipo de ordenamiento legal⁷⁶.

Otra definición es aquella en la que se da la división según la ley lo regule especialmente o no, dando el siguiente orden para la regulación de los atípicos: la voluntad de las partes, las normas generales sobre contratos y obligaciones, y las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles entre sí y se adecuen a su finalidad⁷⁷.

Se puede afirmar que la razón por la cual estos contratos gozan de tal denominación, se debe a su naturaleza, y sobre todo, en los fines que se pretenden obtener, ya que son totalmente diferentes a cualquiera de los derivados por intermedio de los modelos contractuales regulados por la ley; pero también puede decirse que la razón por la cual un contrato es clasificado como atípico es, porque siendo originalmente típico, sufre una serie de modificaciones implementadas por las partes del mismo, hasta llegar al punto de cambiar sus características fundamentales, distinguiéndose así

⁷⁶ Con base en sentencia de Octubre 22 de 2.001 de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

⁷⁷ Definición dada por el artículo 913 del Proyecto Argentino de Código Civil de 1.998.

como un contrato atípico. Teniendo en cuenta lo anterior, se estaría hablando de un contrato típico, donde se expresa que una de sus condiciones esenciales no se cumplirá con sujeción a la ley (como un arrendamiento comercial –leasing-); o un acuerdo de voluntades entre las partes donde se adoptan diversas características propias de varios contratos, lo que daría lugar a una combinación de contratos, o a un contrato mixto, que en virtud de su unicidad es atípico⁷⁸.

Muchas veces las partes, de una manera consciente o no, deciden otorgar un nombre diferente al que las características propias del contrato señalan surgiendo así, duda sobre si atenerse a la redacción del contrato que señala un modelo típico, o al nombre del mismo, lo podría convertir en atípico⁷⁹.

⁷⁸ SUESCUN, Jorge. Derecho Privado. *“Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”*. Bogotá D.C. 1.996. Pág. 35 y s.s.

⁷⁹ CHARRIS IBARRA, Sandra Paola. Trabajo de Grado. *“El daño en los Estados Unidos de América”*. Dir. Alejandro Vélez Múnera. Universidad Sergio Arboleda. 2.000. Sistema Angloamericano. El Sistema Jurídico Anglosajón a diferencia del nuestro, no se basa fundamentalmente en las Leyes, Códigos o Actos Legislativos preescritos y su evolución no depende de la actividad del Ente competente legislativo sino de las pronunciaciones de sus Altos Tribunales. Por otro lado, el Derecho Anglosajón, se ha ido forjando con el tiempo, basándose principalmente en el derecho común que se manifiesta a través de la costumbre, la cual se acopia por las sentencias que profieren sus jueces, convirtiéndose en fuente directa de las regulaciones jurídicas.

El sistema jurídico del Common Law, se manifiesta como el resultado de un profundo razonamiento de las circunstancias sociales, el sentido común y la costumbre, llevando implícito, el camino que demarcan los jueces en sus sentencias. Está constituido por sentencias que declaran los jueces en su recto discernir, basándose por lo general, en los hábitos, las costumbres y la vida ordinaria de la nación y de cada región. En esta constante modificación de las relaciones sociales, el juez debe analizar y fundamentar su fallo bajo la inmensa cabida que se le da a la costumbre dentro del orden jurídico Anglosajón. De esta manera, es imperativo su reconocimiento y una vez aceptada, debe ser acatada por los Tribunales cuando cumpla con las características de ser antigua, cierta, pacífica, razonable y encaminada hacia el bien común y las buenas costumbres.

Hay dos tipos de problemas que presenta la contratación atípica: uno de ellos es la determinación de la misma, es decir, saber con certeza que se está frente a un contrato que ha sido regulado de manera expresa por el legislador o no. De aquí se entiende que será muy diferente la interpretación y desarrollo del mismo, dependiendo si la ley la expresa o hay que hallar una solución por vía de analogía, la que presenta el segundo problema posible – en principio-, ya que no es suficiente con saber que el contrato efectivamente es atípico, sino que además hay que hallar el contrato típico que más le sea similar, lo que puede resultar más complicado de lo que se cree, especialmente en un caso de controversia entre las dos partes, donde cada una de ellas asegurará que se está tratando de un contrato determinado u otro, con las consecuencias de cumplimiento de términos, obligaciones y demás que ello implica.

Todo lo anterior tiene fundamento en el principio mercantil, donde se señala la libertad contractual de las partes expresado en el artículo 4º del Código de Comercio Colombiano, según el cual quien tenga capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícitos, puede estipular lo que considere necesario, prevaleciendo ello incluso por sobre las normas legales supletivas y las costumbres mercantiles vigentes, ya que cada una de ellas goza con la calidad de ley para las partes mientras no contraríen las buenas costumbres y el orden público.

La conveniencia de estipular estos contratos es importante para los comerciantes que, gracias a ellos, pueden obligarse y generar derechos cada vez más ajustados a sus necesidades, lo que impulsa el desarrollo y evolución del comercio, con las ventajas económicas y sociales que ello implica.

En materia de hermenéutica jurídica, en caso que el contrato atípico sea similar a un contrato determinado, se le deberían aplicar analógicamente las reglas que regulan dicho contrato; si éste posee características de varios contratos hay dos posibles soluciones propuestas por la doctrina: la primera, ubicar el elemento característico mas importante dentro del contrato atípico y encontrarlo en alguno de los contratos típicos con el cual se puede relacionar o posea mayor semejanza; o analizar los elementos del contrato atípico por separado relacionándolos con los componentes de cada contrato nominado con el que se identifica, hallando a su vez la disciplina que regula dichos componentes⁸⁰.

⁸⁰ En Francia, el Código Deontológico de la Federación Francesa sobre Franquicia, se le ha fijado las siguientes formalidades: artículo 4. *“El franquiciador dará al candidato franquiciado, antes de la firma de cualquier compromiso, informaciones de fácil verificación que parten de una o varias experiencias anteriores, precisando las condiciones de explotación de la franquicia propuesta. El Contrato de Franquicia, establecido por escrito y en doble ejemplar, llevará como anexo, si ello es necesario, toda clase de precisiones técnicas, enunciando de manera completa y precisa los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes”.*

En caso que el contrato atípico no tenga relación alguna con un contrato nominado, serán las estipulaciones contractuales entre las partes las que prevalecerán, claro está, en caso de no contrariar las normas de orden público, y de continuar existiendo un vacío se atenderá a la normatividad general de los contratos y la tipicidad social.

El contrato de franquicia es atípico, porque no se encuentra expresamente reglamentado por el legislador en ningún cuerpo normativo, sin que quiera ello significar que no puedan existir relaciones de índole obligacional que no se encuentren literalmente estipuladas en los códigos vigentes (artículo 4 Código de Comercio Colombiano).

6.7.1. Régimen Norteamericano del Franchising: La movilización de los innumerables afectados por falta de legislación existente en materia de franquicia, causó que el departamento de comercio de EE.UU., discutiera la implementación de estatutos tutelares frente a las ofertas de franquicias para que estas se abstuviesen de incorporar información incorrecta o fraudulenta, prácticas desleales, la terminación del contrato y las prácticas restrictivas de la competencia⁸¹. El precedente más inmediato fue el Automobile Dealer Act en el año de 1.956, con el cual se le obligó a este sector mercantil obrar bajo

⁸¹ www.mrsc.org/mc/courts/supreme/052wn2d/052wn2d0555.htm; www.law.emory.edu/6circuit/jan98/98a0014p.06.html ; Se menciona especialmente la renombrada quiebra de la Minnie Chicken System, en la que el franquiciador otorgó 1.800 franquicias, de las que sólo se llegaron a abrir 161 establecimientos. Marzo 24 de 2004.

solemnidades, buena fe y requisitos especiales que sólo les competían a estos pero que en definitiva hacían más segura su actividad frente a los consumidores.

El éxito popular de dicho acto fue tan grande que su aplicación se extendió a otros sectores mercantiles como los expendios de bebidas alcohólicas.

La preocupación de eliminar del mercado estas ofertas de franquicia fraudulentas dio origen paulatinamente a que el Securities Act se aplicara a éstas, dando posteriormente paso a el Franchise Investment Act. La exclusión de la franquicia como objeto de las leyes de transparencia financiera fue paulatinamente un hecho, pero fomentó la aparición de normas estatales como la de California Franchise Investment Act de 1.971⁸².

La primera proposición de la Ley Federal frente a las franquicias de carácter multisectorial fue el mencionado “Franchise Competitive Practice Act” el cual cobijó temas como terminación del contrato por competencia desleal y cláusulas anticonceptuales. Más por cuestiones de críticas, dicho proyecto no prosperó pero dio fruto al Franchise Full Disclosure Act de 1.970 y la Uniform Franchise Offering Circular mejor conocida como UFOC⁸³.

⁸² ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A., “El Contrato de Franquicia, Definición y Conflicto de las Relaciones Internas.” Editorial Mc Graw Hill, 1.995. Pág. 17.

⁸³ Franchise Competitive Practice Act 1.967. Versión 1.973. Fairness in Franchising Act. La norma UFOC ha sido corroborada por la Federal Trade Commission en tanto no contraría la FTC. www.ftc.gov/ - 20k - 29 Marzo de 2.004

6.7.2. Regulación del Contrato de Franquicia en diferentes Estados

Federados de Norteamérica: La delimitación del contrato de franquicia se fundamenta en los existentes instrumentos normativos y legislativos de dicho país, especialmente la *Trade Regulation on Franchising* (Regulación Comercial de Franquicia) en sus dos formatos esenciales: La *Uniform Franchise Offering Circular* -UFOC- (Circular Uniforme de Oferta de Franquicia) adoptada por la Midwest Securities Association (2 de septiembre de 1.975) y el *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures* (Requisitos y Prohibiciones Relativas a la Franquicia y Otras Oportunidades de Negocios) (del 21 de diciembre de 1.978). Todas las anteriores emitidas por la *Federal Trade Commission* –FTC- (Comisión Federal de Comercio).

En Norteamérica, hay once Estados que requieren un documento básico del acceso de la licencia para la venta y tráfico de franquicias. Se otorga la concesión del acuerdo, previo análisis y aprobación de la agencia singular del Estado específico. De esta manera, la venta de la licencia de franquicias, se puede efectuar dentro de ese Estado o a un residente de este mismo⁸⁴.

⁸⁴ Aspectos Generales del Sistema Anglosajón: Indiscutiblemente, el derecho estadounidense, está basado en el *Ius Naturalismo*, el racionalismo, la evolución histórica, el sentido común y la constante revisión. En Estados Unidos, la organización jurídica, no se desprende de un sólo órgano centralizado y determinado. Por ello, los jueces, para fallar sobre un caso determinado, les es casi obligatorio, el pronunciar sentencias anteriores sobre casos similares. Se crean líneas jurisprudenciales que, indiscutiblemente pueden ser modificadas cuando su aplicabilidad no sea pertinente al orden social. En

Estos Estados son: California, Illinois, Indiana, Maryland, Minnesota, New York, Dakota del Norte, Rhode Island, Dakota del Sur, Virginia y Washington. Además, cuatro Estados tienen leyes de filing/disclosure: Hawai (debe archivar un FOC con el Estado y entregar un FOC a las partes franquiciantes, de forma anticipada, pero no hay proceso de la aprobación), Oregon (debe

este sentido, las leyes y sentencias logran su alcance final cuando otro juez las toma en cuenta y las encuaderna dentro de la parte argumentativa de la decisión.

El Common Law encuentra sus orígenes en la escuela sociológica alemana encabezada por Savigny, el cual sostenía que el derecho debía ser el fruto de los elementos sociólogos del conglomerado, es decir que éste, se profiere como resultado del orden social.

La jerarquización de las fuentes legales. Ante la dificultad de establecer y adecuar las normas jurídicas existentes en el sistema norteamericano en relación con el régimen de los contratos mercantiles atípicos, en especial sobre franquicias, es fundamental establecer la jerarquización de las fuentes normativas que rigen en dicha nación con el fin de evitar un choque de competencias y así, dilucidar la dificultad que implica el estudio del mismo de forma general en el sistema anglosajón americano:

1. Constitución y tratados internacionales ratificados. Al igual que nuestro régimen jurídico, manejan el bloque de constitucionalidad. Ningún contrato que se celebre podrá ir en contra de sus postulados. Los Tribunales Federales son los encargados de interpretar la Carta Magna norteamericana. Los tratados internacionales, suelen instrumentarse mediante leyes federales pero aun así gozan de la misma jerarquía que la Constitución.
2. Leyes federales. Son normas que rigen para todo el territorio nacional es decir que todos los estados confederados deben acatarlas. Estas son codificadas en el United States Code. Tienen funciones de organización del estado y mantenimiento del orden nacional.
3. Normas de entidades gubernamentales y órdenes del ejecutivo. Estas sólo se pueden emitir bajo el amparo del congreso. Su obligatoriedad se predica a partir de su publicación en el Federal Register. Las entidades la emiten de acuerdo a sus funciones propias. De esta manera, cada ente regulará la función estatal propia que le han asignado. Dichos entes que velan por la actividad mercantil y de protección al consumidor, tendrán que regular y exigir formalidades al contrato de franquicia que la ley o la jurisprudencia no dictaminen. Estas se facultan de dicha atribución para mantener la eficacia de los instrumentos mercantiles. Únicamente los tribunales federales tienen la facultad de examinar las normas y acciones de la entidad a fin de garantizar la congruencia de dichas normas con las Leyes Federales sustantivas. (Fuente: "CHARRIS IBARRA, Sandra Paola. Trabajo de Grado. *"El daño en los Estados Unidos de América"*. Dir. Alejandro Vélez Munera. Universidad Sergio Arboleda. 2.000").
4. Opiniones judiciales. Este es el medio a través del cual el Derecho Anglosajón evoluciona y se adapta los cambios sociales y mercantiles para el caso en concreto. Su Derecho se forma a través de los precedentes que sientan los jueces en sus sentencias. Cada Estado, salvo Louisiana (donde en la mayoría de sus aspectos legales rige el Código Francés), cuenta con un sistema legal basado en el derecho consuetudinario. Esto ha sido un punto cardinal en la regulación del Contrato de Franquicia, pues a partir de los litigios contenciosos, se ha ido encaminando el presente contrato para servir tanto a la empresa como a la economía nacional.
5. Constitución y leyes de los estados federados. Son normas que representan Ley imperativa y superior dentro de los límites del territorio del estado federado en particular. No puede oponerse a la Constitución pero sí puede generar diferencias en la regulación del contrato de franquicia cuando se oponga a los precedentes sentados por los tribunales de otro estado confederado.

entregar un aviso de UFOC (Uniform Franchise Offering) a los franquiciantes anticipadamente), Michigan y Wisconsin (debe archivar un aviso del intento con el Estado y entregar un FOC a los franchisees anticipados incluyendo una página de cubierta del estado-específico⁸⁵).

En varios estados, particularmente Florida, es obligatorio para el desarrollo de una franquicia, u otro negocio comercial, la obtención de una licencia que permita desarrollar el objeto del establecimiento dentro de determinado territorio, a menos que la empresa o comerciante esté exento de cumplir tal procedimiento⁸⁶.

6.7.3. Fuentes legislativas de regulación del contrato de franquicia en Estados Unidos de América:

- Michigan Franchise Investment Law (Ley de Inversión en Franquicia de Michigan).

⁸⁵ Otras Leyes Particulares de Estados no Generalizados. Es evidente que no todos los Estados Federados mantienen una unanimidad en la regulación del Contrato de Franquicia y es por tanto que los traemos a remembranza por su importancia. Estos Estados, tienen leyes que regulan la relación hasta cierto punto entre un franchisor y sus concesionarios, particularmente con respecto a la terminación de la relación franquiciaria (Separándose de las conclusiones generales de nuestro trabajo, en relación al tema determinado). Estos Estados son: Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Hawai, Illinois, Indiana, Iowa, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, New Jersey, Dakota del Sur, Virginia, Washington y Wisconsin, así como el Distrito de Columbia. También, el Estado de la Florida, regula concretamente las falsedades en relación con el Franchising, dándole un trato más severo.

La CCH (Guía de Franquicia Comercial) es indispensable en el tratamiento de leyes de franquicia estatales, regulaciones y nuevos desarrollos, pues su contenido se adapta a las modalidades variantes de las relaciones mercantiles.

86 Mail Boxes. U.S.A., Inc. VS. Meryl R. Robertson, Et Ux, Corte Superior de Arizona, condado de Maricopa, # CV 95-13687 (Octubre 30 de 1.996).). www.kanouse.com/collneg.htm. Septiembre 30 de 2003

- Illinois Franchise Disclosure Act (Reglamento de Franquicias de Illinois)
- Automobile Dealers in Court Act (Reglamento en Corte de Vendedores de Autos).
- California Franchise Investment Law (Ley de Inversión en Franquicia de California).
- Hawaii Franchise Investment Law (Ley de Inversión en Franquicia de Hawaii).
- Wisconsin Franchise Investment Law (Ley de Inversión en Franquicia de Wisconsin).
- Washington Franchise Investment Protection (Protección a Inversión en Franquicia de Washington).
- Minnesota Franchise Investment Law (Ley de Inversión en Franquicia de Minnesota).
- New Jersey Franchise Practices Act (Reglamento de Prácticas de Franquicia de New Jersey).
- New York General Business Law (Ley General de Negocios de Nueva York).
- North Dakota Franchise Investment Law (Ley de Inversión en Franquicia de Dakota del Norte).
- Virginia Retail Franchise Act (Reglamento de Franquicia de Virginia)

6.7.4. Aspectos legales de la franquicia en Francia: La Federación Europea de Franchising al definir la franquicia, exalta un punto esencial del mismo al sostener que se trata de una colaboración entre empresas ligadas con un contrato, esto es, que la franquicia implica un convenio escrito, rigurosamente elaborado, equilibrado y justo.

El contrato de franquicia deberá ajustarse a la legislación nacional, la legislación Comunitaria Europea y al Código Deontológico.

El contrato deberá reflejar el interés de los miembros de la franquicia en cuanto a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual del franquiciante y mantenimiento de la identidad y reputación de la red de franquicia. Todos los contratos vinculados a la relación de franquicia deberán ser redactados en la lengua oficial del país donde el franquiciado individual está establecido, y los contratos firmados deberán ser entregados inmediatamente al franquiciado individual.

A continuación, se recogen las características básicas de un contrato de franquicia:

- El franquiciado debe aportar sus derechos de propiedad industrial (como la marca de los productos, el nombre comercial, el rótulo, etc.) propios del objeto del contrato establecido con su franquiciado.

- Asimismo, el franquiciante debe aportar su *Know How* o saber hacer y la correspondiente asistencia técnica y comercial a través de un manual operativo. En el año de 1.973, la Corte de Apelaciones de Bressuire requirió absoluta originalidad en el conocimiento y transferencia del Know-How concerniéndole sólo a la persona que lo transmite. Este requisito causó que los conocimientos del negocio fueran confidenciales y se pactaran cláusulas de no competencia y de reserva.

- El franquiciante debe indicar al franquiciado el origen del suministro de los productos que éste comercialice.

- El franquiciado, como contraprestación a las aportaciones del franquiciante, debe pagar a éste, normalmente, una cantidad inicial o derechos de entrada.

- Se podrá pactar la exclusividad, consistente para el franquiciante en no otorgar otro contrato de franquicia en una zona geográfica

determinada y para el franquiciado en no vender otros productos que los estipulados en el contrato y en no competir con el franquiciante.

Este contrato supondrá una pérdida de parte de independencia del franquiciado, derivada del control que ejerce el franquiciador respecto de la aplicación de los métodos de gestión y venta y del desarrollo de la contabilidad. Esta pérdida de independencia puede ser un inconveniente para las personas muy creativas y emprendedoras, desde el momento en que su actuación se ve limitada por las directrices de una organización.

6.7.5. Normativa AFNOR de la Federación Francesa de la Franquicia.

También en Francia, se creó, en el año 1.986 y en el seno de la Federación Francesa de la Franquicia (FFF), una comisión denominada AFNOR para el estudio y redacción de una normativa capaz de dar una mayor normalización a las franquicias francesas⁸⁷”.

En el año de 1.986 la comisión AFNOR perteneciente a la FFF, expidió un cuerpo normativo que buscaba cobijar los ámbitos fundamentales de la franquicia, en el cual, una vez más se trató de darle una definición y establecer las relaciones entre franquiciante y franquiciado determinándolas como:

⁸⁷ VANEGAS SANTORO, Antonio. “*El Contrato de Franquicia*”. Ediciones librería del profesional 1.999. Pág. 116 y ss.

- La fase precontractual o contrato de reserva.
- El contrato con sus notas distintivas, contenido habitual, compromisos y obligaciones de ambas partes, duración y renovación, cláusulas de protección, rescisión del contrato.
- Situación de las partes a la finalización del contrato⁸⁸ (cláusula de no competencia, recuperación del posible stock y del eventual saldo de cuentas deudoras).

6.7.6. Cuestiones legales específicas en Francia: Los contratos de franquicias se caracterizan porque una de las partes aporta el capital, el trabajo y las instalaciones, y la otra el *Know How* y la asistencia técnica. La relación entre las partes se estructura sobre la base de contratos entre las partes autónomas. Sin embargo, para que los acuerdos se mantengan indemnes es necesario fijar claramente las obligaciones de las partes, así como los riesgos que asume cada una de ellas frente a los posibles reclamos de consumidores y del personal bajo su dependencia.

El contrato de franquicia es una de las formas de comercialización que exige mayor número de requisitos legales. Su concepción se basa en que tanto el negocio como la marca comercial identifican en forma uniforme al producto o servicio comercializado por los distintos franquiciados. Así es como esta

⁸⁸ CASA, Francisco – CASABO, Manuel. “*La Franquicia*”. Editorial Gestión 2.000, Barcelona.

vinculación reúne a dos personas comerciales independientes, permitiéndoles mantenerse frente al consumidor como una entidad única.

El contrato deberá proveer normas referidas a:

- La imagen y al producto.
- Derechos sobre marcas.
- Homogeneidad de los distintos franquiciados y a las distintas bocas de comercialización.
- Problemas de competencia desleal (evitando controles ilegales en materia de precios, compras, jurisdicciones o clientes).
- Imagen uniforme.

Un buen contrato de franquicia deberá estar hecho a la medida de cada empresa considerando el ramo, el producto o servicio a distribuir, a las técnicas y acuerdos entre las partes para obtener las metas esperadas, el propio plan de negocios y la actividad comercial desarrollada.

6.7.7. El Código Deontológico de la Comunidad Europea y el sistema de franquicia maestra: La regulación Deontológica de la Comunidad Europea la cual comenzó a regir el 1 de Enero de 1.991, pretende ser un código de buenas costumbres y de buena conducta de los usuarios de la franquicia en

Europa; no tiene intención de sustituir los derechos existentes, ya sean nacionales o supranacionales (europeos), ni tampoco de constituir o ser origen de relaciones jurídicas entre las partes de una relación de franquicia.

La señalada normatividad en su preámbulo expresa que el contrato de franquicia implica esencialmente el otorgamiento en el uso del nombre comercial, siglas, razón social, símbolos y disposiciones similares. Y el control conjunto de los productos y servicios prestados basado en las técnicas previamente experimentadas⁸⁹.

Sobre las reglas de publicidad del reclutamiento, establece que, al igual que en el sistema americano, la publicidad que realice el franquiciador debe ser honesta, completa y sincera, verificable en una zona y periodo determinable.

6.8. CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO

El contrato de franquicia es de tracto sucesivo o de ejecución continuada, pues las obligaciones que engendra se mantienen a lo largo de la vigencia del negocio mercantil.

Su cumplimiento, por ende, se prolonga en el tiempo a través de una serie más o menos larga de actos de ejecución.

⁸⁹ <http://www.asesaragon.org/empresas/franquicias.htm#legal>. Julio 24 de 2.003.

La extensión del tiempo es una condición importante al momento de celebrar un contrato de franquicia. Tanto para el franquiciante como para el franquiciado, es necesario que el nuevo establecimiento, productor-distribuidor del bien o servicio objeto de la franquicia, mantenga sus puertas abiertas a la clientela en general por un largo periodo de tiempo. Así, el franquiciante se garantiza un cubrimiento total del bien o servicio ofrecido en la zona donde implementa el sistema, y por otro lado al franquiciado le quedará más fácil recuperar la inversión realizada en la adquisición del paquete. Al fin y al cabo, éstos son los efectos que las partes quieren que se generen a su favor.

Explica Farina⁹⁰, que *“La duración del vínculo obligacional en un contrato de tracto sucesivo, no resulta de la mera voluntad de las partes, sino del hecho de que sin ese tiempo de duración, el contrato se haría inútil”*. Sin embargo, aunque el tiempo es necesario para la ejecución del contrato, no quiere decir esto, que las partes no puedan extender o restringir los lapsos de duración del negocio. Es así como en la franquicia, necesariamente se debe pactar un tiempo dentro del cual se ejecutará el contrato y existirá la relación

⁹⁰ FARINA, Juan M. *“Contratos Comerciales Modernos”*, Segunda Edición, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires (Argentina), 1.999, Pág. 773.

franquiciante – franquiciado, no siendo éste menor al dictado por la costumbre mercantil⁹¹ a que haya lugar.

6.9. CONTRATO DE COLABORACIÓN

Estas clases de contratos mercantiles son conocidos como aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacia otra o, recíprocamente, para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato. El fin que se persigue con la celebración de estos negocios mercantiles puede ser variado, ya que las partes pueden pretender realizar una gestión determinada, obtener un resultado concreto, o simplemente, repartir las utilidades que se generen al final del lapso acordado de colaboración.

Para Farina⁹², los contratos de colaboración se pueden enmarcar dentro de las siguientes categorías:

1. Donde una de las partes realiza una actividad o gestión cuyo resultado económico interesa a la otra parte, sin perjuicio de una retribución pactada que el colaborador recibe, sea cual fuere el resultado de su gestión; como lo es por ejemplo el contrato de mandato.

⁹¹ Dependiendo del lugar de ejecución del contrato y del objeto de la franquicia, los lapsos de duración pueden variar, ya que no existe alguna ley uniforme que dicte mínimos y máximos.

⁹² FARINA, Juan M. *Ibíd.* Pg. 771.

2. Similares a los descritos anteriormente, pero en los que ambas partes tienen interés económico en el resultado; como por ejemplo la mayoría de contratos participativos.⁹³
3. Aquellos en los que existe una colaboración recíproca; como por ejemplo el contrato de concesión.
4. Donde las partes colaboran para la constitución de un ente a cuyo favor efectúan las prestaciones; como por ejemplo el contrato de sociedad.

Teniendo en cuenta la enumeración realizada por el tratadista, el contrato de franquicia se enmarcaría dentro del numeral tercero, ya que dentro de éste, tanto el franquiciante como el franquiciado persiguen no solo un objetivo común, como lo es el éxito comercial del producto o servicio que se encuentran comercializando, sino también procuran brindarse uno al otro la máxima ayuda en procura de garantizar aquél objetivo.

Es así como el franquiciante, transfiere momentáneamente un *Know How* al franquiciado para que éste lo implemente en su establecimiento, y de esta manera, poder comercializar el producto o servicio bajo la marca franquiciada recibiendo a cambio, la instrucción necesaria y la capacitación requerida para la correcta comercialización del bien objeto de la franquicia; eso sin

⁹³ REGISTRO DE COMERCIO DE PARIS 3.114 G.I.E., RUBEN y ELKIN NATÁN. "Colaboración empresarial". Pág. 154. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1.984.

mencionar el éxito en el mercado del producto o servicio, debido a su amplio reconocimiento con el que cuenta en el público en general.

Sin embargo es bueno recalcar, que si bien es cierto el contrato de franquicia envuelve una colaboración interempresarial a lo largo de su ejecución, éste va mas allá de la simple cooperación recíproca a lo ahora de comercializar un producto o servicio, ya que la suma de toda una serie de elementos que lo componen hacen que se le considere como un negocio jurídico autónomo.⁹⁴

6.10. CONTRATO TIPO

El contrato de franquicia debe propender a la estandarización y homogeneidad formal y funcional de los distintos establecimientos ligados a la red.

Dicha igualdad determina, forzosamente, la consecuencia ineludible en cuanto a que todos los miembros de la cadena deben respetar las normas comunes emitidas por el franquiciante en el funcionamiento del establecimiento; verbigracia, decorarlos de acuerdo a un idéntico modelo,

⁹⁴ ANAYA, J.L., *“Los Grupos de Interés Económico del Derecho Francés como Modelo Legislativo”*. Pág. 589. Editorial De Palma. Buenos Aires 1.972.

usar los mismos signos distintivos ante el público, igual sistema de promoción y ventas, etc.

Como instrumento al servicio de la estandarización de relaciones jurídicas, el contrato tipo viene a representar la herramienta que requiere la franquicia para lograr así su eficacia real; de ahí se puede afirmar que normalmente, la implementación de una nueva franquicia va a estar precedida de un contrato tipo.

Al hablar de contrato tipo es bueno recordar que se trata de un modelo destinado a servir de base a otros contratos a celebrarse posteriormente.

El Profesor Fernando Hinestroza⁹⁵ explica que los contratos tipo o marco son aquellos que:

“previenen la celebración y ejecución de otros contratos que habrán de regirse por la pauta en ellos señalada, en donde se podrán apreciar rasgos del denominado contrato normativo, que determina el contenido mínimo o pleno de un contrato futuro, que habrá de celebrarse entre las mismas partes o entre una de ellas y uno o varios terceros, sino que imponen su celebración, con lo cual participan de la función de contratos preparatorios, generadores de obligaciones de contrahendo. Esos contratos, derechamente de venta, son autónomos considerados en

⁹⁵ HINESTROSA, Fernando. *“La Agencia Comercial y Figuras Afines”*, en *Escritos Varios*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.983.

si mismos, pero delante del de agencia, concesión, etc., son contratos auxiliares de ejecución complementaria cuyo contenido está predeterminado en aquellos, a plenitud o globalmente, susceptible de concreción, ajuste o alteración ulteriores. Se habla entonces de contratos marco, de contratos de apoyo, de contratos de aplicación, de contratos mixtos o de unidad cerrada”.

Lo que se pretende afirmar con lo anterior es que en el caso mas frecuente, el franquiciante dueño de la marca o emblema y fabricante de los bienes objeto de la comercialización, o titular de la técnica de comercio que se va a explotar, de común acuerdo con los franquiciados que formarán parte de la red de distribución, determinarán la normativa que regirá cada uno de los negocios integrantes de la misma. Dicha normativa debe observarse, obligatoriamente, en cada uno de los contratos particulares de franquicia que se celebren ulteriormente, incluso en el que convengan quienes han elaborado el contrato tipo, ya que, normalmente, el franquiciante explota también un establecimiento del sistema franquiciado.

La persona que desee ingresar a la cadena de franquicias muy poco tiene que discutir con su cocontratante (el franquiciante, o bien, el franquiciado cuando tiene la facultad de subcontratar), porque la carga contractual estará fijada de antemano en el contrato tipo.

6.11. CONTRATO DE LIBRE DISCUSIÓN O DE ADHESIÓN

El rasgo distintivo del contrato de adhesión radica en que sus cláusulas son predispuestas exclusivamente por una de las partes, de manera tal que a la otra no le queda más alternativa que aceptarla tal como se le presenta o no contratar, puesto que no puede discutir su contenido.

Sin embargo, esta figura sustituye la concepción tradicional del contrato, que concibe aquél como máxima expresión de la voluntad de las partes, por lo que la adhesión implica primacía de una de dichas voluntades sobre la otra. No existe pues, discusión alguna en torno a las cláusulas regulativas de la vinculación, sino que uno solo de los contratantes, dotado en la mayoría de las veces de una superioridad económica determina el clausulado del contrato.

Todas las señaladas notas pueden presentarse en el contrato de franquicia e inducir a pensar que se trata, de un contrato de adhesión. Abona tal raciocinio la consideración que el franquiciante, usualmente, es una persona o empresa que goza de notoriedad y prestigio en el mercado, y que tienen mayor poder financiero que el franquiciado, que es una empresa o persona más débil, cuya escasa capacidad financiera sumada a la posible

inexperiencia en la materia, obliga a someterse a las condiciones impuestas por una más poderosa.

No obstante, en determinados casos muy puntuales, cuando el franquiciado tiene un poder económico superior al franquiciante, o ambos se encuentran en igualdad de condiciones en el mercado, el contrato podrá ser sometido a libre discusión, ya que de presentarse alguna de las anteriores situaciones, es improbable que alguna de las partes se deje imponer los clausulados del contrato por parte de la otra.

En síntesis, el contrato de franquicia, desde el punto de vista jurídico, el contrato de franquicia puede ser, bien de libre discusión como también de adhesión, aunque la costumbre mercantil demuestra que se presenta con mayor frecuencia de la segunda manera⁹⁶.

⁹⁶ Contrato de adhesión en la legislación norteamericana: En cierta forma, muchas de las grandes compañías imponen el modelo del contrato de franquicia que desean celebrar y que cumplen los requisitos mínimos para la satisfacción de sus intereses, pero se debe recordar que la franquicia en el sistema anglosajón es un contrato que por su naturaleza no se refuta de imposición sino de negociación, aunque en la práctica no podemos desconocer que las grandes compañías son quienes siempre imponen las condiciones para proceder a celebrar el contrato. Sin embargo, aunque en la legislación anglosajona se presume que las partes negocian el acuerdo, pues se habla de una etapa pre-contractual y de negociación, es ella misma quien se contraría al establecer que, para la realización de la oferta del negocio de franquicia, el franquiciante debe tramitar el "Franchisor's Offering Circular" donde se consagra el contenido de las exigencias propias del negocio, dando únicamente libertad al acuerdo del canon inicial, de las regalías y del royalty, lo demás, ya está pre-establecido en dicho documento. Por tanto, es posible considerarlo como un contrato de adhesión por lo menos al interior de los Estados Unidos y con relación a América Latina.

6.12. CONTRATO INTUITU PERSONAE

El contrato de franquicia se encuentra dotado especialmente con esta característica, debido a que cuando el franquiciante se dispone a buscar empresarios interesados en formar parte del sistema, éste tiene en cuenta para el otorgamiento de la franquicia, no solamente criterios como la capacidad económica que posea su cocontratante, o la diligencia en el manejo de los negocios, sino además, aspectos relativos directamente con las cualidades personales del futuro franquiciado, surgiendo así entre las partes, una relación de confianza superior a la que se presenta comúnmente dentro de los demás contratos comerciales sea cualquiera su objeto (haciendo remisión directa al principio del *trust* o principio de confiabilidad americano), ya que lo otorgado principalmente por el franquiciante (marca, manejo de la clientela, secretos industriales, *Know How*, asistencia técnica, etc.), representa para éste lo más importante dentro de su actividad como empresario⁹⁷.

En Norteamérica, la comprobación o estudio de la contraparte con quien se contrata es bastante sencillo, pues de ser persona natural su reputación

⁹⁷ Se predica que el contrato de franquicia es *intuitu personae* pues por la naturaleza misma del contrato se requiere la mutua confianza de las partes, ya que a la franquicia le interesa que su negocio de origen se ejerza de acuerdo a los parámetros o estrategias empresariales que le han dado frutos. De esta manera se mantienen la buena imagen de su marca y la calidad de sus productos. Por tanto, el franquiciante necesita conocer las cualidades personales y mercantiles de la parte contratante.

económica se verificará a través de su historial de crédito, que fácilmente se averigua introduciendo el número de “social security” (número de seguro social) en una computadora del gobierno que arrojará no solo un informe historial detallado del cumplimiento de sus obligaciones y de sus movimientos bancarios sino que además, emitirá una puntuación en su confiabilidad⁹⁸.

Si se trata de persona jurídica, la confianza podrá recaer en el representante legal (manager) o en la empresa como tal. Cuando hablamos del representante legal, sus acciones mercantiles personales podrán verificarse a través del historial de crédito ya mencionado, pero cómo verificar aquellas que ha logrado o mal logrado a través de compañías?. En este aspecto se complica un tanto el estudio, pues su confiabilidad será determinada por la reputación social que goza dentro de una actividad o sector mercantil determinado y el logro de los resultados de las compañías en las cuales ha obrado como tal. Dicha confiabilidad será en definitiva aparente, fruto del manejo de relaciones, aunque en Norteamérica las personas jurídicas, al

⁹⁸FOSTER, Dennis. “*The Complete Franchise Book*”. Pág. 13. Departamento de Comercio. Características económicas según la doctrina.

1. *Previsión*. Un franquiciado debe definir claramente sus objetivos y metas para poder tomar decisiones acertadas. Es lo que se conoce como diligencia máxima, exigida a los comerciantes por el estatuto mercantil colombiano.
2. *Flexibilidad*. El franquiciado debe tener una posición abierta a los cambios que se puedan suscitar pues dicho contrato se reputa de tracto sucesivo y por tanto, es lógico que presente variaciones para acoplarse a las circunstancias que lo rodean.
3. *Financiación*. Debe tener fuentes que lo respalden a la hora de asumir un riesgo o ante la inminencia de una pérdida.

igual que las naturales, gozan de una puntuación de crédito determinada por el manejo de sus negocios y el movimiento de capitales.

Se ha afirmado que, de contratarse con personas jurídicas, es común estipular al interior del contrato cláusulas especiales con las que se *“limitan la transmisión de la condición de socio de la persona que ostenta la cualidad de socio mayoritario en la sociedad, el ingreso de nuevos socios en las sociedades personalistas, o la enajenación de acciones o participaciones”*⁹⁹.

Debe aclararse que las anteriores estipulaciones solamente tienen efectos a favor de las partes de la franquicia, sin que se vincule a la sociedad en general, a menos que ella traslade estas cláusulas a sus estatutos generales, lo cual debe estar redactado en el contrato de franquicia¹⁰⁰.

⁹⁹ RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *“Los Tratos Preliminares en el Contrato de Franquicia”*, Editorial Aranzadi, Elcano Navarra (España), 2.000. Pág. 91.

¹⁰⁰ El Código Deontológico de La Federación Francesa sobre la franquicia, en su artículo 5, establece que *“El franquiciador, no aceptará como franquiciados más que a los candidatos que, tras el correspondiente examen, le parezcan tener las calidades personales y los medios necesarios para ofrecer serias posibilidades del éxito, proponiéndoles, en su caso, el complemento de formación profesional específica que resulte necesario. El franquiciado, consciente de haberse adherido a un sistema de progreso y evolución, se compromete, especialmente, en el campo de la formación, tanto para sí mismo como para su personal, a participar en todas las acciones de mejora de conocimientos que proponga el franquiciador”*.

6.13. CONTRATO COMPLEJO

Al momento de la celebración de un contrato de franquicia, se están incluyendo implícitamente, sin necesidad de anexos o nuevos documentos, prestaciones que son propias de diversos tipos contractuales, verbigracia sistemas de distribución, agencia comercial, suministro, licencia comercial (los cuales se analizaron en el capítulo de naturaleza jurídica de la franquicia), y otros que pueden ser desarrollados sin necesidad de formalidades especiales. Por lo anterior, se puede decir que dentro del contrato de franquicia se incluyen otros contratos, y es por ello que se denomina como contrato complejo.

Como ejemplos de lo anterior, se pueden citar: el trato de los signos distintivos de propiedad del franquiciante, que al registrarlos como marca por éste en función distintiva de un producto se transmiten bajo los elementos propios del contrato de licencia de marca; el otorgamiento periódico de un *stock* con el cual el establecimiento franquiciado funcionará, vislumbrando elementos característicos del contrato de suministro.

Sin embargo, y aunque dentro de la franquicia se encuentran presentes en un momento dado (y dependiendo la clase o tipo de franquicia) todos los elementos anteriormente mencionados, se incluyen estipulaciones propias de

éste contrato, como lo son la facultad del franquiciado en asistir técnicamente al franquiciante durante la vigencia de la relación contractual, y la obligación que le nace al franquiciado al terminar el contrato, de guardar los secretos industriales a los cuales tuvo acceso durante la vigencia del mismo, por un periodo determinado.

7. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El artículo 1.501 del Código Civil Colombiano, distingue en cada uno de los contratos, los elementos que son de su esencia, los que son de su naturaleza, y los que son puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellos elementos sin los cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato los que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato los elementos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

7.1 ELEMENTOS ESENCIALES.

Los elementos esenciales del contrato de franquicia son:

7.1.1. Know How: Es obligación principal del franquiciante dentro del contrato, transferir el *Know How* al franquiciado para la consecución del objeto de la franquicia.

Se entiende como *Know How* (o saber hacer), un sistema de conocimientos empíricos que no pueden presentarse de forma aislada con precisión, pero su utilización conjunta procura al que los aplica la posibilidad de obtener un resultado que sin ellos no hubiera logrado.

Según la Asociación Internacional de Protección Jurídica Internacional, el *Know How* consiste en los “*conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera, o de otra naturaleza aplicable en la práctica a la explotación de una empresa o al ejercicio de una profesión*”.

El *Know How* es un elemento inmaterial, de naturaleza intelectual, que debe tener posibilidades de aplicación práctica y fines económicos.

En Colombia, el Decreto Reglamentario 2123 de 1.975, en su artículo primero, define al *Know How* como “*la experiencia secreta sobre la manera de hacer algo, acumulada en un arte o técnica susceptible de cederse para ser aplicada en el mismo ramo, con eficacia*”.

El franquiciado, en pro de estandarizar la calidad y la homogeneidad del producto o servicio ofrecido por el sistema y evitar la mutación del mismo, otorga a los franquiciados integrantes de la red, el uso momentáneo de los modelos secretos que sustentan el posicionamiento de la marca dentro del mercado.

Para que un producto o servicio tenga éxito, es necesario lograr un atractivo al público. Circunstancias como los estándares de calidad se ven reflejados dentro del bien objeto de explotación, en los resultados de producción del mismo. El “saber hacer” determinado bien, el “como se debe” prestar un servicio, o el “como se fabrica” un determinado modelo industrial, conlleva al éxito de la marca en el mercado.

En caso que el franquiciante no logre una correcta transmisión de su *Know How* a los franquiciados que componen el sistema de franquicia, estos desarrollarían la franquicia de la manera que estimaren conveniente, logrando posiblemente unos buenos resultados, pero rompiendo por completo el concepto de homogeneidad que se debe presentar en los puntos que componen la red, algo que es una característica indudable del modelo contractual de la franquicia.

Aún así, no es suficiente que el franquiciante transmita adecuadamente sus conocimientos técnicos componentes del *Know How*, ya que esto sería inútil si, aún recibida la totalidad de la información, el franquiciado durante el desarrollo de la franquicia no tome las medidas necesarias para mantener la establecida homogeneidad de la red comercial. Esta es la razón por la cual existe la facultad del franquiciante de inspeccionar periódicamente el desarrollo de la franquicia, con el objeto de verificar si efectivamente se están implementando las medidas por él impuestas para el franquiciado.

La información que incluye el *Know How* no debe ir en contra del derecho y las buenas costumbres, como lo señalan los principios generales de contratación; pero además, debe ser veraz y posible, es decir, los modelos enseñados, bien sean de producción, mercadeo, etc., deben ser posibles de aplicar en la realidad, y además, se deben ajustar a la verdad.

Dentro del ámbito jurídico norteamericano, es la transferencia del *Know How* un elemento fundamental para del desarrollo de la franquicia.

Este, definitivamente es el punto más importante a pactar, desarrollar, ejecutar y cumplir en el contrato de franquicia. Sin este elemento definitivamente el contrato degenera en cualquier otro. Al prescindir de este elemento, jamás se podría hablar de un contrato de franquicia. La principal

obligación de dicho instrumento consiste en que el franquiciante debe proveer, entrenar, instrumentalizar y asistir al franquiciado de modo originario y paulatino, tanto al iniciar la ejecución del contrato como en su transcurso de manera constante a lo largo del plazo o condición pactada.

Podría decirse que dicha obligación podría ser incorporada en el contrato de franquicia mediante una cláusula de enseñanza. El asesoramiento que brinda el franquiciante debe desarrollarse en todos los planos y las estrategias de la empresa, ya sea la financiera, comercial, de mercado y de personal tal y como el Doctor José Alpiniano García-Muñoz lo expone a lo largo de su libro de contratos comerciales en relación con las estrategias de la empresa¹⁰¹.

El *Know How* (saber hacer) de una franquicia y su transmisibilidad al franquiciado es fundamental para el buen funcionamiento de una cadena de franquicias. El término "saber hacer" engloba varios aspectos que comprenden: el saber, el hacer, el saber-hacer propiamente dicho, el hacer saber y el saber recibir.

El candidato a franquiciado deberá analizar estos aspectos para poder aplicarlos a su franquicia, teniendo en cuenta los siguientes:

- *El Saber*: Es un conocimiento exhaustivo y profundo sobre una determinada actividad; un franquiciador conocido poseerá este saber. Esto

¹⁰¹ GARCÍA-MUÑOZ, José Alpiniano. Op. Cit. Pág. 340 y ss.

involucra una responsabilidad máxima en caso de responsabilidad frente a terceros.

- *El Hacer*: Es la capacidad de poner en práctica este saber. El hacer permitirá a ambas partes demostrar que poseen unos conocimientos o tecnología superiores al de un profesional medio. El futuro franquiciado no necesitará informarse y profesionalizarse por su cuenta, ya que el franquiciador le proveerá de todo aquello que sea necesario y conveniente para su franquicia (limita la responsabilidad del franquiciado).

- *El Saber-Hacer*: Este elemento implica los conocimientos comerciales de organización y gestión, es decir, la técnica utilizada por el franquiciador que le ha hecho llegar al éxito. También será conveniente desarrollar un saber-hacer negativo que nos dirá todo aquello que nunca se debe hacer. El saber hacer, según los profesores del Departamento de Economía Financiera de La Universidad de Alicante de España, "debe contener la fórmula propuesta por el franquiciador, y debe ser original y específico, no accesible inmediatamente y comprobado y transmisible¹⁰²".

- *El Hacer-Saber*: Es una responsabilidad del franquiciante tener la certeza que el franquiciado ha entendido y maneja a cabalidad las instrucciones

¹⁰² DE JUAN VIGARAY, María Dolores. Op. Cit. Pág. 230 y ss.

dadas para la operación del negocio. Implica a su vez, la transmisibilidad del saber-hacer, que debe ser posible reproducir tanto material como intelectualmente.

- *El Saber Recibir*: Este elemento implica que, el aprender es una facultad que el franquiciado debe poseer para llevar con éxito y beneficiarse plenamente de todos los conocimientos que le son proporcionados por el franquiciante.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede definir el Know-How como un conjunto de informaciones prácticas no patentadas, resultantes de la experiencia y la comprobación del franquiciador, el cual deberá ser considerado secreto por el franquiciado, sustancial e identificado. La aportación del Know-How incluye en algunos supuestos la formación del personal franquiciado.

7.1.2. Marca: Se entiende como marca *“cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica”*¹⁰³.

También se entiende por marca *“cualquier signo o combinación de signos que permiten distinguir los bienes o servicios de una persona de los de otra,*

¹⁰³ Decisión 486 de 2.000 de la Comunidad Andina de Naciones. artículo 134.

inclusive los nombres de personas, diseños, letras, números, colores, elementos figurativos o la forma de los bienes, o la de su empaque¹⁰⁴”.

Si bien es cierto que la marca es un elemento esencial dentro del contrato de franquicia, a ésta se le agregan además la enseña, el nombre comercial, y la denominación social del franquiciante, para ser utilizados por los franquiciados en los establecimientos de comercio adscritos a la red.

Los sistemas de identificación de la cadena franquiciada se sostienen principalmente en los elementos señalados anteriormente. Cuando un producto o servicio se encuentra posicionado en el mercado, los consumidores identifican aquellos según el nombre bajo el cual funcionan, o los logotipos que sirven de sustento en la publicidad, etc. De esta manera, no habrá error en cuanto a la procedencia del bien o servicio que se adquiere.

Además, el motivo principal por el cual un franquiciado decide libremente ingresar en un sistema de franquicia, se debe al posicionamiento con que ésta cuenta en el mercado. Si es una marca conocida ampliamente, se garantizará en primera medida el éxito del establecimiento franquiciado, ya

¹⁰⁴ Concepto emitido por el North American Free Trade Agreement NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte). Artículo 1.708.

que el público en general conoce en primera medida la marca de la red, la cual se presenta de manera similar y homogénea, sin importar el lugar en que se encuentre, y posteriormente el producto o servicio que se brinde.

De esta manera se logra implementar un efecto psicológico en el consumidor, con lo cual él en un momento dado, cree estar adquiriendo los bienes o servicios directamente del franquiciante o propietario de la marca.

Por otro lado, mediante la celebración de una "licencia de marca", el franquiciado queda facultado jurídicamente para traficar con los bienes y servicios propios de la marca. Por lo tanto, a lo largo del camino de sus transacciones no sólo debe utilizar la marca sino también los signos distintivos y la estrategia de mercadeo pre-establecida por el franquiciante, la cual hace distinguir en el público o mercado, la apetencia a dicha marca. Es un deber, ceder la licencia por parte del propietario, entregándole así el uso del nombre, el proceso, las estrategias empresariales y el *Good Will*.

Por su parte, la Asociación Americana de Marketing (AMA) establece que "*será marca un nombre, término, símbolo o diseño, o una combinación de todos ellos que trata de identificar los bienes y servicios de un vendedor y diferenciarlo de la competencia*".

7.1.3. Precio: Como contraprestación directa a favor del franquiciante por el otorgamiento del derecho a usar la marca, el *Know How*, y demás elementos que posibiliten la consecución del sistema de franquicia, se debe pactar en el contrato una suma (conocida comúnmente como “Derecho de Entrada” en el sistema, señalada por los franceses como *Droit de Entrée*, y por los ingleses como *Fee*) que será cancelada por el franquiciado.

Esta suma generalmente asciende a un importe fijo calculado como porcentaje sobre el monto de proyecto de inversión del negocio franquiciado. Este importe no será reembolsado en ningún momento, sin importar la causa que medie al solicitarlo.

En el ámbito jurídico francés, el precio a pagar se encaja dentro del tema de la remuneración, entendiendo ésta como, una contraprestación por los servicios, el adiestramiento y la asistencia que recibe durante la vigencia de la ejecución del contrato de franquicia, el franquiciado debe dar al franquiciante una remuneración consistente en el pago fijo de una suma de dinero que se determinará dependiendo la obtención de regalías.

Este elemento es esencial en el contrato más las partes también podrán pactar pagos supletorios o complementarios por servicios ocasionales como inspecciones y auditorias entre otros tantos¹⁰⁵.

Este precio puede ser el mismo para todos los futuros franquiciados que integrarán el sistema, o puede variar según las zonas geográficas donde se vayan a instalar los establecimientos franquiciados, bien sea por razones económicas, culturales, etc.

No obstante lo anterior, el franquiciante incurre en una serie de derogaciones con motivo de la puesta en marcha del nuevo establecimiento, los cuales forman parte del paquete de franquicia al cual tiene derecho el franquiciado¹⁰⁶. Dentro de estos se incluyen: investigación de productos o servicios; estudios de mercadeo y publicidad; registro de patentes y marcas; redacción del contrato y de los manuales operativos; formación y entrenamiento del franquiciado y de sus empleados; marketing inicial y asesoramiento publicitario para el lanzamiento del negocio franquiciado¹⁰⁷.

¹⁰⁵ LEGISLACION DE CALIFORNIA. Hace referencia al Pago de Regalías al dictaminar que: *“es una tarifa por el uso continuo del nombre del franquiciante, su propiedad y asistencia técnica. Usualmente es un porcentaje de las ganancias totales del franquiciado”*.

¹⁰⁶ CHERVIN DE KATZ, Martha. *“Que es el Franchising”*. Editorial Abeledo – Perrot. Bs. As. Argentina. 1.995. Pág. 66 y ss.

¹⁰⁷ ALTURO GRACIA, Sandra. GALINDO VANEGAS, Rubén. TORRENTE BAYONA, Cesar. Cámara de Comercio de Bogotá: *“Un Estudio Legal y Contractual”*. 1995.

Pago Inicial: Es el pago de una suma por el privilegio de habersele otorgado la franquicia. En la LEGISLACION DE CALIFORNIA, se establece que El franquiciado debe pagar de manera directa o indirecta, un derecho de entrada (franchise fee). La ley de inversiones de franquicia de California

En Norteamérica, el pago que se efectúa a favor del franquiciante para que el futuro franquiciado entre en el mercado se acuerda en la discusión de términos de la franquicia, y puede realizarse de diferentes modos:

- Pago de Asistencia: Un pago por concepto de asuntos realizados por el franquiciante que han beneficiado a su contraparte, como gastos de publicidad, campañas de mercadeo, costos administrativos, y otros, que pueden ser compensados por tarifas periódicas o un porcentaje sobre las ventas.

- Pago por Traspasos: Pago realizado por concepto de cualquier terreno o equipo arrendado por el franquiciante. Puede verse representado en una tarifa periódica o en un porcentaje sobre las ventas¹⁰⁸.

establece que el precio de franquicia es todo pago que el franquiciado debe pagar por el derecho de ingresar en el negocio de la franquicia en lo concerniente a bienes y servicios. Además del pago del canon inicial que se paga al tomar la franquicia, el tomador de la franquicia debe pagar al otorgante una suma o valor fijo de forma mensual en caso de no pactarse la periodicidad. Esta regalía se obtiene sobre un porcentaje de las utilidades de la unidad de negocio como tal. Es menester de las partes pactar si la suma porcentual se tomará sobre la utilidad total y si se diferenciará la inclusión de dividendos sobre las ventas, uso de la marca, propaganda etc. y si, las regalías se determinarán sobre las utilidades generales del negocio franquiciado. Sin embargo, el Contrato de Franquicia ha evolucionado de manera titánica y encontramos infinidad de sus sub-especies, donde en cada nuevo acuerdo, puede aparecer una figura contractual diferente. Es por esto que se le permite, en el presente elemento, cierta libertad a los contratantes para determinar el valor.

¹⁰⁸ COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. "Regalías y Guías de Oportunidades de Franquicias y Negocios." Washington D.C., 1.988 Pág. 120.

LEGISLACION DE NEW JERSEY:

Entre los pagos que debe hacer un franquiciado se encuentran los siguientes:

1. Asistencia publicitaria.
2. Arrendamientos, equipos y provisiones requeridas

- Costo de Suministros: Pago por concepto de suministros facilitados por el franquiciante. Materias primas, insumos, elementos de uso por el público, etc.

Dentro del precio, cabe resaltar El Paquete de La Franquicia que es conocido con el nombre de "Package Deal" en Estados Unidos, "Blueprint" en el Reino Unido.

Se puede definir como aquél conjunto de documentos que describen fielmente la experiencia y el "saber hacer" del franquiciante, así como los derechos y obligaciones de este y del franquiciado.

El anterior se encuentra conformado por una serie de carpetas, folletos, manuales, etc. que van a constituir el elemento esencial para transmitir los conocimientos del franquiciante al franquiciado. Este conjunto de documentos tienen, por tanto, una doble misión: en primer lugar, como elemento de transmisión del *Know How* y, en segundo lugar, como elemento formativo del franquiciado. En el paquete de franquicia, el franquiciado debe

-
3. Entrenamiento.
 4. Depósito para seguros.
 5. Literatura de promoción.
 6. Regalías

encontrar la respuesta o, en su defecto, como abordar la mayor parte de todas las dudas e interrogantes que se le susciten durante el desarrollo de la actividad de su negocio.

Los standards de calidad que manejará la franquicia, claramente determinados, son la mejor manera de proteger el nombre y reputación en el mercado del franquiciante, los elementos que son más importantes para el mismo, ya que por medio de ellos puede obtener y mantener a través del tiempo a su clientela. Estos standards se incluyen en el paquete de franquicia, y dentro de la discusión sobre su estipulación se tratan también las inspecciones periódicas del franquiciante por medio de las cuales supervisa el correcto desarrollo de las operaciones del franquiciado, que de no cumplir con niveles óptimos podría traer como consecuencia la pérdida de la franquicia.

El paquete también incluye la información referente al desarrollo de programas de capacitación para el personal de la franquicia para cumplir con los niveles anteriormente mencionados. Esta capacitación puede ser brindada por el mismo franquiciante o por quien éste considere adecuado para ello.

El paquete de la franquicia permite que la franquicia pueda ser transmitida por el franquiciante. Un franquiciado siguiendo el compendio de instrucciones que contienen debe poder gestionar eficientemente su negocio.

El paquete generalmente está formado por un conjunto numeroso de libros o manuales, folletos, contrato de franquicia, etc. en los que se describen con amplitud variable (dependiendo de la franquicia) el contenido de la misma. Parece evidente que un mayor desarrollo de este paquete debe ser bienvenido por todo franquiciado y suele ser un índice que permite valorar la importancia y solidez del franquiciador.

Los cánones que debe satisfacer un franquiciado al franquiciante o lo que es lo mismo, el precio de la franquicia, debe ser proporcional al contenido del paquete de la franquicia. Indudablemente, hay que saber discernir claramente entre el conjunto de documentos que constituyen el paquete de la franquicia y el contenido de la misma. Puede suceder, aunque no es frecuente, que se elaboren multitud de documentos muy bien impresos y llamativos para una franquicia vacía de contenido. De esta forma, el paquete de la franquicia se revela como el instrumento esencial y razón de ser de la franquicia.

Aunque es extremadamente difícil precisar cuál debe ser el contenido del paquete de franquicia, se podría agrupar en los seis apartados siguientes: Dossier informativo, Manual de imagen corporativa, Documentos jurídicos, Manual o manuales operativos, plan presupuestario y métodos de formación.

Dossier informativo: Los elementos de información de la franquicia son de gran importancia debido a que constituyen el medio de comunicación por excelencia con los posibles franquiciados. En función de éste contacto los posibles franquiciados e incluso una parte importante de una población recibirá una imagen determinada de la empresa franquiciadora, pudiéndose sentirse atraídos o desmotivados frente a la misma. Estos documentos contribuyen de forma decisiva a formar la imagen de la empresa franquiciadora y, por tanto, deben tener una redacción y confección muy cuidadosa.

Los elementos, más comunes, constitutivos del dossier informativo suelen ser los siguientes :

- Presentación de la empresa franquiciante.
- Manual explicativo sobre qué es una franquicia.
- Presentación de la franquicia.

Manual de imagen corporativa: Uno de los puntos fuertes de la franquicia es que el franquiciado puede disponer desde el primer momento de la imagen corporativa que le proporciona el franquiciante. Cuanto más elevada sea su imagen, mayor valor tendrá la cadena franquiciada. Por tanto, la imagen corporativa debe estar perfectamente diseñada y debe ser válida para todas las situaciones que se produzcan en el acontecer diario de la actividad del negocio tanto del franquiciante como del conjunto de franquiciados. La utilización de los distintos componentes de la imagen debe estar claramente explicada para que no se produzcan actuaciones individuales que puedan perjudicar, mermar o disminuir la evaluación de la imagen global de la cadena.

La política de uniformidad de estos elementos que conforman los signos distintivos de la cadena se salvaguarda utilizando manuales que ilustren de forma clara como deben ser utilizados publicitariamente, en locales, relaciones administrativas, relaciones con clientes, etc.

Se puede establecer dos grandes apartados que deben ser recogidos en los manuales de identificación corporativa:

- Los que hacen referencia a la correcta utilización del nombre de la marca, logotipo, emblemas, etc., en documentos, instalaciones comerciales, vehículos, publicidad, uniformes del personal, etc.

- El diseño de puntos de venta: Cada una de las cadenas franquiciadas goza de una cierta especificidad, está dotada de elementos que la diferencian de otras cadenas; uno de los elementos más característico de una cadena es el acondicionamiento de sus puntos de venta. Comprende tanto el diseño interior como exterior del establecimiento. De esta forma la uniformidad de los puntos de venta y su surtido confiere a las franquicias uno de los puntos considerados comercialmente fuertes.

En general todos los aspectos de merchandising (Publicidad en el lugar de venta), técnicas de venta, formas de atención del personal al público, envases, embalajes, vehículos, etc.

El manual de imagen corporativa puede ser único o estar descompuesto en tres manuales o cuadernos: Imagen corporativa, Diseño y Acondicionamiento del local y Merchandising.

Documentos Jurídicos: Estarían formados por la totalidad de documentos que recogen los aspectos legales de la relación entre franquiciador y franquiciado. Comprendería especialmente, los siguientes:

- El contrato de franquicia.
- Precontrato de franquicia, si lo hubiere.
- Código deontológico de la asociación a la que pertenece el franquiciador. (En caso de existir en una localidad determinada).
- Manuales que expliquen pormenorizadamente los derechos y obligaciones del franquiciador.

Manual de explotación: El manual de explotación del negocio, debe permitir al franquiciado saber actuar y resolver todas las dudas e interrogantes que se le susciten durante el desarrollo de su actividad comercial. Los principales contenidos, de estos documentos son los siguientes: Apertura del punto de venta, el acondicionamiento del local, el respeto a la imagen de la cadena, el aprovisionamiento, la venta, la explotación y la gestión.

Es un manual o compendio pedagógico propio de cada fórmula de franquicia y que el franquiciante transfiere a cada uno de sus franquiciados. Comprende todo el saber hacer, experiencia y tecnología que se transmite, debidamente ordenado, clasificado y puesto al día en la medida en que nuevas

aportaciones ofrecidas por el resto de la cadena vayan enriqueciendo la misma.

De una forma más amplia se pueden describir los apartados esenciales de estos documentos:

- Apertura de puntos de ventas. Deben incluirse aquí las diversas gestiones que debe realizar el franquiciado para poder llevar a cabo la apertura del local comercial.
- Respeto a la imagen de la cadena. Supone los elementos para que exista una política de uniformidad en toda la cadena y destacamos entre otros: la formación del personal, técnicas de ventas utilizadas, trato dispensado a clientes, utilización de los signos distintivos de la cadena, publicidad, etc.
- El aprovisionamiento del franquiciado. Aquí debe explicitarse claramente la forma del aprovisionamiento, plazos de entrega por parte del franquiciador, formas de pago, los stocks obligatorios, etc.

- Ventas. En este apartado tiene que describirse la política de precios, las promociones del punto de venta, sistemas de ventas, territorio de exclusividad, etc.
- Desarrollo de la actividad comercial. Igualmente, debemos pormenorizar los detalles referentes a los horarios comerciales, organización del punto de venta, reclutamiento y selección de personal, etc.
- Gestión del comercio. Debe quedar explicitado claramente las formas de gestión del comercio que debe llevar el franquiciado: contabilidad, fiscal, formas de control por parte del franquiciado, tecnología a utilizar, etc.

El plan presupuestario: Es característico de toda franquicia que el franquiciante entregue al franquiciado una previsión de los instrumentos de gestión financiera imprescindibles para que éste pueda valorar como se va a desarrollar su negocio.

Estos instrumentos básicos son: la cuenta provisional de la explotación, las cuentas provisionales de tesorería y el balance provisional. El franquiciado

debe conocer cómo van a evolucionar sus cuentas financieras para un período de entre tres y cinco años.

La cuenta provisional de la explotación le va a permitir prever las dificultades que pueda tener de efectivo a muy corto plazo y, el balance provisional será un buen indicador de la situación financiera por la que discurrirá el acaecer empresarial. La base para realizar el plan presupuestario son las utilidades percibidas por los centros pilotos.

Este plan elaborado para el paquete de la franquicia es uno o varios planes estándares que se elaboran como referencia para los franquiciados. Cuando las relaciones entre franquiciante y franquiciado se hacen efectivas, el primero debe realizar nuevos planes financieros ajustados al mercado y al establecimiento del franquiciado. Este último documento debe representar un compromiso por parte del franquiciante hacia el franquiciado, es decir, la puesta en marcha de la actividad comercial debe ir corroborando realizaciones y previsiones siempre que el franquiciado cumpla eficientemente con su trabajo.

Por tanto, el plan presupuestario supone un elemento fundamental para el franquiciado en tres niveles básicos: volumen de ventas, tesorería y resultados de la explotación.

La elaboración de un presupuesto provisional se ha convertido en una obligación del franquiciante que cuenta con serias oposiciones. Para algunos de ellos esta tarea es difícil, las previsiones se prestan a confusión y pueden ser arma de los franquiciados ante posibles pleitos que se planteen.

Métodos de formación: Por último, el paquete de franquicia debe incluir el desarrollo de los métodos de formación del franquiciado. Comprenden tanto la formación inicial previa a la apertura del establecimiento como la formación continua de los franquiciados en los nuevos productos o servicios ofrecidos, modernas técnicas de gestión, etc. También, se debe especificar claramente la duración temporal de la formación, quién corre con dichos costes, los períodos de tiempo en los que se realizará la formación continua, qué sucede si el franquiciado no es capaz de adquirir la formación necesaria, etc.

Debe anotarse que en la ausencia de cualquiera de los anteriores elementos de la esencia del contrato de franquicia, el mismo será inexistente teniendo en cuenta el artículo 898 del Código de Comercio Colombiano¹⁰⁹.

En países como Europa, para entender celebrado el contrato de franquicia es esencial convenir en los siguientes puntos:

¹⁰⁹ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, artículo 898: (...) “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

- Modalidades y condiciones de pago.
- Duración del contrato y bases de la renovación.
- Derechos del franquiciador ante una eventual cesión del contrato.
- Definición de los derechos territoriales (zonas de exclusividad).
- Bases para el reparto de los activos.
- Inclusión en los gastos de suministro, seguros y costos de transporte de las mercancías.

Se deben establecer en el contenido, ciertas obligaciones a cargo del franquiciador, entre las cuales se encuentra brindar asistencia en el sector de promoción y publicidad, de tecnología y saber hacer, administración y comercio y financiera y fiscal.

Por su parte, para el franquiciado recaen también ciertas obligaciones entre las cuales se encuentran, suministrar cuentas y datos de funcionamiento, así como acatar los mandatos y consejos del franquiciado.

Sin embargo, tal y como lo sostiene el tratadista Francisco Casa, el contrato para ser válido y existente debe versar indispensablemente sobre los siguientes puntos:

1. Identidad de los contratantes a través de sus firmas ya sea como persona natural o el representante legal de la persona jurídica.
2. Objeto del contrato, definiendo en qué consiste, dónde y cómo se llevará a cabo y junto con las modalidades de terminación.
3. Motivación. Del franquiciador: descripción de la red de franquicia. Del franquiciado. Circunstancias personales y actividades mercantiles.

7.2. CLÁUSULAS PROPIAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

7.2.1. Idioma: En materia de contratación internacional, especialmente la franquicia, es usual que las partes en el momento de la celebración del contrato, la literalidad se fije en la lengua nativa del proponente, o del que según los usos de la costumbre sea el más frecuente para la materia.

En materia de interpretación de los términos usados en la redacción de los contratos mercantiles, el artículo 823 del Código de Comercio Colombiano explica que *“Los términos técnicos usuales que se emplean en documentos destinados a probar contratos u obligaciones mercantiles, o que se refieran a la ejecución de dichos contratos u obligaciones, se entenderán en el sentido que tengan en el idioma castellano”*.

Es totalmente usual que los términos por medio de los cuales se redactan los contratos de franquicia, vengan en un idioma distinto al castellano. Sin embargo, esto no impide que tengan plena validez, ya que siempre se observaran aquellos términos, en la significación que tienen para el español.

7.2.2. Derecho de Inspección: Para garantizar la homogeneidad del sistema franquiciado, el franquiciante se reserva la facultad para vigilar en cualquier momento, personalmente o por intermedio de un tercero designado por él, el comportamiento de todos y cada uno de los establecimientos adscritos a la franquicia, en virtud de la cooperación que se deriva del contrato.

Es así como el franquiciante se reserva dicha facultad durante toda la relación contractual, sin importar las veces que la franquicia sea renovada.

La manera como el franquiciante puede ejercer la tutela sobre el sistema, se puede materializar de las siguientes formas: pidiendo o tomando muestras del producto ofrecido al público; solicitando información adicional sobre la operación de los establecimientos; conociendo a fondo los aspectos de comercialización, publicidad, sistemas de ventas, etc.; analizando la información contable, administrativa, laboral, fiscal, etc.; y en general, adoptando las medidas necesarias para inspeccionar el funcionamiento de la franquicia.

Cabe señalar, que esta facultad solamente atañe al funcionamiento de la franquicia, y no envuelve aspectos más allá de la normal consecución del contrato.

7.2.3. Asistencia técnica: Del contrato de franquicia, en pro de obtener el éxito en el mercado bien sea del producto o del servicio ofrecido al público, el franquiciante promueve la asistencia que sea necesaria para que el franquiciado explote de la manera mas óptima el negocio.

La asistencia se desenvuelve dentro de la vigencia del contrato, al igual que el derecho de inspección estudiado anteriormente. Esta se ejerce bien sea cuando el franquiciante lo considere necesario, o a solicitud del franquiciado, sin que éste pueda negarse a prestarla. Los gastos en que el franquiciante incurre con ocasión de la prestación de dicha asistencia, se entienden cubiertos por el pago del canon mensual que el franquiciado paga al operador.

7.2.4. Cláusula de no competencia: De esta manera se prohíbe al franquiciado que compita contra el franquiciante durante un tiempo específico y en un área determinada después de la terminación de la franquicia, ya que de esta manera se protege al franquiciante que ha otorgado previamente parte o totalidad de su información secreta que de ser usada en su contra

podría traerle resultados económicamente perjudiciales. Debe tenerse en cuenta que para proteger al franquiciado en el mismo sentido, no es aceptado que se usen este tipo de cláusulas de una manera abusiva, por un lapso mayor al razonable o en un área más extensa que aquella en la cual ejercía su actividad comercial el franquiciado.

7.2.5. Duración del contrato: Para la fijación del término contractual se debe tener en cuenta el tipo de franquicia del cual se esté tratando, ya que el retorno de la inversión, o la rentabilidad esperada, son elementos determinantes para estipular la duración del contrato. Desde este punto de vista, no es lo mismo una franquicia de hoteles que una franquicia de alquiler de autos. El monto del proyecto de inversión no es el mismo en uno y en otro caso. En las franquicias de comidas rápidas existen distintos ejemplos: cuanto más prestigio tiene la marca, cuanto más probado está el método, el *fee* (o la tarifa) de ingreso que se cobra suele ser importante, pero ello se equilibra pues son generalmente negocios de mucho volumen que hacen que el retorno de inversión no sea inmediato, y por consiguiente la duración del contrato es mas amplia a comparación de otros casos.

En los contratos de duración determinada se suelen incluir prórrogas o renovaciones automáticas por un período de vigencia tan variable como la misma duración del contrato inicial.

Las partes pueden establecer o no un término fijo de duración de contrato, pero puesto que no se concibe que las partes queden ligadas ilimitadamente celebrando un contrato a perpetuidad, entonces de darse el caso en que las partes no estipulen un plazo cualquiera, estas tendrán la facultad de rescindir el contrato en cualquier momento.

Generalmente ambas partes tienen interés en establecer un contrato de plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión hecha por el franquiciante al establecer su sistema y por el franquiciado al establecer el local de la franquicia. Sin embargo en algunos países las autoridades locales pueden rechazar plazos que resulten excesivos. Por eso en una nueva relación a menudo es preferible establecer un plazo mediano que pueda ser renovado.

Sin embargo puede surgir el problema del franquiciante que se niega a renovar el contrato al vencimiento del plazo inicial de duración sin tener una justa causa para proceder de aquella manera. En los Estados Unidos en general se ha entendido que el franquiciante debe renovar su contrato al vencimiento de su plazo inicial a menos que demuestre tener razones valederas para no hacerlo. En cambio, en la legislación europea la falta de renovación es considerada como el ejercicio legítimo de un derecho contractual y por ello, con la excepción de la belga, en la que la situación es

incierto, la falta de renovación no trae aparejado ningún resarcimiento. Esta última solución también se aplica en Argentina, donde prima el principio de la libertad contractual al amparo del art. 1.197 del Código Civil Argentino.

7.2.6. Publicidad: Es materia fundamental en todo mercadeo, realizar una publicidad atractiva al público para garantizar la venta de bienes o la concurrencia de clientes en la prestación de un servicio determinado. En materia de franquicias, la publicidad es una herramienta clave dentro de la ejecución de la misma.

Teniendo en cuenta que la marca y demás elementos industriales que envuelven el producto o servicio son de propiedad del franquiciante, éste tiene la facultad de regular como deben proyectarse estos en el mercado.

En caso de no estipularse en el contrato a cargo de quien debe correr los gastos de publicidad y mercadeo, es en primera medida el franquiciante la parte obligada a realizarlos, ya que él posee mayor experiencia en los negocios que el franquiciado. Al fin y al cabo se juega con la imagen de su producto o servicio

Sin embargo, como se trata de un contrato de colaboración empresarial, tanto el franquiciante como el franquiciado tienen interés en el éxito del

negocio. Es por esto, que es usual pactar que tanto los gastos como las pautas de publicidad corran a cargo del franquiciante, exigiéndole al franquiciado un pago por este concepto, que asciende a un porcentaje sobre las ventas o utilidades que se perciben de la red.

7.2.7. Deber de Confidencialidad: El franquiciado se encuentra obligado a no revelar la información confidencial suministrada por el franquiciante sobre tecnología u operación de la misma, *Know How* bien sea patentado o no y demás, que sean propios del sistema franquiciado, aún antes de ingresar en el sistema, como a lo largo del desarrollo del mismo.

En materia de contratación mercantil, los principios del Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT), establecen en su artículo 2.16 que *“si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente que con posterioridad se perfeccione o no el contrato”*.

7.2.8. Territorialidad: Por lo general, al momento de la celebración de un contrato de franquicia, el franquiciante le señala al franquiciado el área donde se fijará el establecimiento de comercio.

Es así como el área donde se pretende explotar los bienes o servicios dados en franquicia es aquella donde se establece el franquiciado, impidiéndole hacer uso de éste mismo para ingresar en otras áreas que si bien, son atractivas para la expansión de la franquicia, se pueden encontrar bajo la tutela de otro operador establecido, o en proceso de establecerse¹¹⁰.

7.2.9. Exclusividad: Como ya se estableció anteriormente, el franquiciado se encuentra obligado a adquirir las materias primas o la asesoría necesaria para el ofrecimiento de un servicio, de la persona del franquiciante o de un tercero a quien designe. Sin embargo, cabe la posibilidad que la franquicia se otorgue para la explotación de un producto en general (hacer hamburguesas) sin que se delimite cada detalle. En estos casos, el franquiciado quedaría facultado dentro de los límites de la diligencia que se le exige, a buscar los proveedores que estime conveniente.

¹¹⁰ ZWISLER, Carl. *“Master Franchising Selecting Negotiating and Operating Master Franchise”*. 1.995. Pág. 123. KESLER, Friedrich. “Vertical Integration through Contract”, en YALE LAW JOURNAL. Vol. 66. GUYÉNOT. *“Que es el Franchising”* Voillemot, Franchising in France en Journal of the Section on Business Law of the International BAR Association. International Business Lawyer, Marzo de 1.988. Pág. 122. Tomando en cuenta los precedentes Europeos, (Fuente: MARZORATI, Oswaldo. *“Sistemas de Distribución Comercial”*. 2da Edición. Editorial Astura. 1.995) podrá validamente pactarse cláusula de exclusividad. En cuanto a la exclusividad territorial, esta es recíproca, relativa a la provisión de productos o a la oferta de servicios. La reciprocidad asegura a ambas partes una garantía de no competencia. El franquiciado se beneficia por la exclusividad territorial, en tanto lo hace la única persona que aprovecha la marca, los letreros y la asistencia dentro del territorio, dicha exclusividad también se refiere a la provisión de productos, es un factor esencial para ambas partes tanto para la clientela como para la vida de la marca. (Fuentes: GUYÉNOT, *“Qué es el Franchising”* Voillemot, Franchising in France en Journal of the Section on Business Law of the International BAR Association. International Business Lawyer, Marzo de 1.988. Pág. 122).

En este caso, como una cláusula adicional dentro del contrato, el franquiciante le podría exigir al franquiciado obtener aquellos recursos según los parámetros que él establezca. De no ser así, no se le exigiría observar tal comportamiento.

7.2.10. Cláusula de arbitramento: El arbitraje comercial es un medio de solución de controversias producto de un acuerdo celebrado entre las partes que convienen que sus disputas las resuelvan un tribunal arbitral.

El artículo 1.051 del Código de Comercio mexicano dispone que *“el procedimiento mercantil preferentemente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional frente a los tribunales o un procedimiento arbitral”*. Esta norma está basada en lo dispuesto para la materia por las normas relativas para procedimiento arbitral de la UNCITRAL -United Nations Commission on International Trade Law- (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional), cuando se establece expresamente en el contrato comercial, la anterior disposición toma el nombre de “acuerdo de arbitraje”.

Por otro lado el arbitraje internacional es un buen medio de solución de conflictos para los contratos de franquicia internacional. Para determinar este

último punto, se pueden seguir los siguientes elementos: el que las partes tengan su establecimiento principal en países distintos, el lugar de arbitraje o el lugar de cumplimiento de la relación comercial.

En el comercio internacional hay diferentes instituciones que se dedican especialmente al arbitraje. Entre las más conocidas están la Corte de Arbitraje de la *International Chamber of Commerce* (Cámara de Comercio Internacional); Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (CIAC); *American Arbitration Association* (AAA); Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIAD); la *London Court of International Arbitration* (LCIA); y la *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC). Cada una de estas entidades posee su reglamento de arbitraje propio, al cual se someten las partes que desean resolver su controversia.

Dentro de lo que se conoce en México como acuerdo arbitral, existen ciertos elementos necesarios para que se configure, como la legislación aplicable al contrato, el lugar para efectuar el arbitraje, el número de árbitros, y el idioma por el cual se regirá el procedimiento arbitral. Los árbitros son generalmente designados por las partes, aunque en caso de no existir este acuerdo será la institución quien los designe.

Frecuentemente el tribunal se conforma por tres árbitros donde cada una de las partes designa uno y ambas se ponen de acuerdo sobre el tercero, el cual será el presidente del cuerpo.

En Colombia, el arbitramento se encuentra regulado por el Decreto 1818 de 1.998 y la ley 446 del mismo año, donde se define este procedimiento como *“un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral¹¹¹”*.

El pacto arbitral sirve para que las partes se obliguen de entrada al momento de la celebración de un contrato mercantil, a someter sus eventuales diferencias a la decisión de un tribunal arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Este pacto se divide así mismo en *Cláusula Compromisoria* (artículo 118 Decreto 1818 de 1.998) y *Compromiso* (artículo 119 Decreto 1818 de 1.998). La primera es el pacto contenido en un contrato o en documento anexo a él, en el que las partes contratantes acuerdan someter sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral. Esta cláusula es autónoma con respecto a la existencia o validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los

¹¹¹ DECRETO 1818 de 1.998 Artículo 115 – Colombia.

procesos en los que se debatan la existencia y validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.

A su vez el compromiso, es un negocio jurídico por medio del cual las partes en un conflicto presente y determinado convienen resolverlo a través de un tribunal arbitral. El compromiso podrá estar redactado en cualquier documento que deberá incluir los siguientes elementos:

- Nombre y domicilio de las partes.
- La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje.
- La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.

El mecanismo arbitral, es un medio excelente para resolver un conflicto de intereses derivado de un contrato de franquicia. Las partes se pueden someter voluntariamente a su conformación, evitando así, los traumatismos derivados del sistema judicial colombiano. Además, por la especialización de los centros de arbitramento (en Colombia, en cabeza de la Cámara de Comercio de Bogotá), la solución de los conflictos será la más idónea ya que

los precedentes que se cimientan al interior del cuerpo, son extraídos de las más novedosas doctrinas mercantiles imperantes en el estado y en el mundo.

7.2.11. Subfranquicia: La subfranquicia puede darse en el contrato de franquicia como medio por el que el contrato principal u original se desdobra en otro o varios contratos. En el contrato de subfranquicia el franquiciado se convierte en subfranquiciante del subfranquiciado y, no siempre es necesario que, para cada caso concreto, intervenga el franquiciante original.

Como se trata de un contrato *intuitu personae*¹¹², la posibilidad de conceder subfranquicias debe estar prevista en el contrato principal. El contrato de subfranquicia se produce en aquellos negocios donde el territorio concedido es de área de desarrollo de franquicia (master franchising), para que el franquiciado dentro de ésta área pueda conceder subfranquicias.

Para que exista la subfranquicia, se necesita que concurren las siguientes situaciones:

- Un contrato principal entre el franquiciante original y el franquiciado.

¹¹² ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit. Pág. 65 a 66.

- Un contrato derivado del anterior en el que el franquiciado es subfranquiciante y un tercer franquiciado se convierte en subfranquiciado.
- Autorización general del franquiciante original para que el franquiciado subcontrate. Esta autorización puede ser expresa y concreta para cada caso.
- La misma naturaleza, contenido, límites, plazos generales, y similitud de condiciones entre los dos contratos de manera tal que la subfranquicia no rebase los límites del contrato original.

7.2.12. Solicitud de información financiera previa celebración del

contrato: Es una situación puramente facultativa, donde cada uno de los empresarios intervinientes prevén evitar riesgos en sus inversiones. El franquiciante puede solicitar los sustentos contables de la empresa del futuro franquiciado para observar su sostenimiento en el mercado; de igual manera puede proceder el franquiciado, para asegurar su inversión y confirmar la existencia de la razón social de su futuro franquiciante.

7.2.13. Clausulado Adicional: Teniendo en cuenta que el contrato de franquicia es por excelencia atípico, cabe la facultad para los contratantes establecer los clausulados que estimen convenientes para el correcto desenvolvimiento de la figura mercantil.

La transmisión del *Know How* se puede desarrollar de diversas maneras. Una de ellas, y la más usada por costumbre, es por la redacción de un manual especializado, el cual le indica al franquiciado su proceder en el ejercicio del desarrollo de la franquicia (circunstancias que se señalaron en la manera de garantizar la homogeneidad de la franquicia). Sin embargo, todas las circunstancias adicionales que no vayan en contra de la legislación, las buenas costumbres y el abuso del derecho, pueden incluirse dentro del contrato en aras del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

9. EFECTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

9.1. OBLIGACIONES PRECONTRACTUALES

Dentro del estudio de la responsabilidad precontractual que afecta a las partes contratantes en el desarrollo de un negocio de franquicia, se han establecido como primordiales las siguientes obligaciones:

9.1.1. Obligación de información: Con base en el principio de la buena fe se pueden aplicar ciertas reglas en la relación precontractual del contrato de franquicia, según las cuales se exige para las partes del contrato que den informaciones correctas recíprocamente sobre las circunstancias que en un futuro serán primordiales en el desarrollo del contrato. Lo anterior se puede asegurar debido a que en la mencionada fase se desarrolla una progresiva y necesaria actitud de colaboración que en ese momento se traduce en un oportuno intercambio de información, especialmente de los aspectos económicos y jurídicos que afectarán a las partes.

Sobre la información de carácter puramente económico que se predica por parte del futuro franquiciado, se traduce esta en la adopción de medidas oportunas para poner en conocimiento del franquiciante determinadas circunstancias que éste le requiera, tal como la demostración de su capacidad empresarial y financiera para emprender la explotación de la futura empresa, además de ciertas cualidades personales que asegurarán el debido desarrollo por su parte del contrato, por medio de las cuales se puede confiar en una suficiente solvencia como empresario independiente.

Respecto al franquiciante, el deber de información tiene una especial relevancia la cual habitualmente goza de una posición dominante económicamente hablando con respecto a su contraparte, ya que normalmente el futuro franquiciado no cuenta con mayor experiencia empresarial que le permita afrontar con solvencia la relación contractual que se plantea. Desde este punto de vista, el franquiciante podría llegar a exagerar las ventajas que podría traer el negocio para el franquiciado, realizar falsas promesas al franquiciado, mostrar datos falsos sobre las previsiones de la empresa, además de ocultar los eventuales inconvenientes de una fórmula que, ofrecida sin las más elementales garantías, puede resultar ficticia y vacía en su contenido, configurando así lo que para algunos autores es llamada una “venta de humo”, por medio de la cual se realiza el ofrecimiento de oportunidades empresariales puramente teóricas sin reales

posibilidades de desarrollo comercial, carentes de viabilidad alguna, que podrían, incluso transgredir los límites del Derecho Penal en determinados casos.

Por lo anterior, al ser seleccionada mutuamente la futura contraparte contractual, es necesario brindar la información respectiva sobre la naturaleza y los caracteres de la empresa, además de los términos del futuro contrato, lo que se debe asumir como una verdadera obligación. Este otorgamiento de debida información mutua ha sido entendida como una verdadera obligación entre las partes por la AEF (Asociación Española de Franquiciadores), basándose en lo establecido por las normatividades norteamericana y francesa sobre el tema y las recomendaciones que al respecto ha brindado la FEF (Federación Europea de Franchising).

No se puede olvidar que en el futuro contrato quedarán plasmadas condiciones generales a las que el franquiciado se deberá adaptar en caso de querer entrar a la red comercial que implica la franquicia teniendo en cuenta que el contrato es por regla general de adhesión, además de ser redactadas, entre otras, cláusulas en las que se determina la exclusividad territorial (que beneficia al franquiciante que evita una saturación de mercado, con los inconvenientes que ello trae, y al franquiciado porque asegura que abarcará todo el mercado), la contraprestación pecuniaria que

recibirá el franquiciante (bien sea en pago de “ingreso a la red”, porcentaje periódico de ventas, o ambos), método de aprovisionamiento de mercancías, porcentajes de compra mínimos, etc. Por lo anterior, el franquiciado debe recibir conocimiento suficiente de estas y demás cláusulas para tener conocimiento de lo que serán los elementos esenciales del acuerdo de franquicia que se dispone a suscribir.

Al respecto, el artículo 5.4 de la ley 7 de 1.998 española, sobre condiciones generales de contratación, establece que la redacción de cláusulas impuestas por el franquiciante *“deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”*. Norma que se debe cumplir hasta tal punto que *“se considerarán como no incorporadas al contrato aquellas cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato”*.

De la anterior norma se pueden deducir dos conclusiones claras: es de vital importancia que se de una clara información por parte del franquiciante al momento de desarrollarse la etapa precontractual; la normatividad española asume que se trata de un contrato de adhesión al aplicar este artículo en particular a la franquicia, ya que se asimila al franquiciado con el *“adherente”*; existe una clara participación del estado en materia de protección a la parte más débil, económicamente hablando en el contrato, ya que se le exige la

obligación al franquiciante, pero no se adapta a la información que puede brindar el franquiciado.

Por otra parte, la ley “Doubin” francesa, de diciembre 31 de 1.989, prevé las informaciones precontractuales en las negociaciones de los contratos de distribución y de franquicia¹¹³, así como el derecho norteamericano, en la “Full Disclosure Rule” de 1.979, da una importante relevancia al período de negociación previo al contrato como tal, otorgando una protección específica al potencial franquiciado, ya que existe la obligación para el franquiciante de otorgar a su contraparte un documento (Basic Disclosure Document) con contenido imperativo impuesto por la *rule* donde se de constancia entre otras, de su identidad, solvencia, naturaleza exacta del negocio propuesto, etc., todo esto antes que el franquiciado manifieste su consentimiento, tema que ya se explicó en capítulos anteriores.

Aparte de la opinión que al respecto puedan tener las diferentes normatividades, que lógicamente gozan de carácter vinculante y obligatorio cumplimiento para los asociados del respectivo país, existen otros escritos,

¹¹³ El texto de la mencionada ley establece: “*Quien ponga a disposición de otro, para el ejercicio de su actividad un nombre comercial, una marca o una insignia exigiendo del que lo va a utilizar una obligación de exclusiva o cuasi-exclusiva, ha de proveer al otro contratante antes de la suscripción de todo contrato concluido en el interés común de las partes, un documento que contenga informaciones sinceras que permitan a la otra parte obligarse con conocimiento de causa. Tal documento, cuyo contenido quedará fijado por Decreto, precisa en particular la experiencia de la empresa, el estado y la perspectiva de desarrollo del mercado interesado, la importancia de la red de usuarios, la duración, las condiciones de renovación*”.

especialmente en Europa, donde se recogen principios que, aunque cuyo cumplimiento no puede ser exigido por vía judicial, sí gozan de reconocimiento suficiente para configurar costumbre local, con las consecuencias que en el Derecho Mercantil Internacional eso implica, y son los códigos deontológicos. Estos son códigos comprensivos de normas que se han de respetar por todas las redes de franquicias cuyos sistemas de operación se busquen implementar en el determinado país, para lo cual deben ser miembros de las asociaciones o federaciones que redactaron los mencionados códigos.

Al respecto, el artículo 4° del Código Deontológico de la Federación Francesa de Franquicia (FFF) establece que el franquiciante debe dar a su contraparte, antes de la firma de cualquier compromiso, *“informaciones de fácil verificación que parten de una o varias experiencias anteriores, precisando las condiciones de explotación de la franquicia propuesta”*. En el Código Deontológico de la Asociación Inglesa de Franquicia (British Franchise Association, BFA) se habla de la *“información preventiva completa y veraz a los candidatos franquiciados”*. A su vez, el Código Deontológico de la Asociación Alemana de Franquicia (Deutscher Franchise Verband, DFV) expresa que *“el franquiciante proveerá al franquiciado las informaciones precisas, completas y verificables sobre su situación actual y futuras perspectivas”*.

Se ha dicho que la información precontractual no queda ligada exclusivamente a la oferta del contrato y, en su caso, a la aceptación de la misma, actos dotados de claro contenido jurídico, sino a cualquier actividad humana de declaración, capaz de influenciar el proceso volitivo del contratante o de alterar el estado de hecho o de derecho preexistente en relación a la formación de la contratación¹¹⁴, por lo que la debida información se puede entender sobre actos ausentes de carácter jurídico, como lo es la publicidad.

Dentro de las obligaciones precontractuales para el franquiciante se encuentra que en el ámbito del deber de información federal norteamericano, conocido como “business opportunities ventures”, se establece el deber del franquiciante, sus agentes, y representantes de obtener autorización para la venta de los derechos de franquicia, así como hacerlos públicos con el debido registro. Los deberes de información afectan cualquier actuación de publicidad, oferta o inclusión contractual sea escrita u oral. Lo importante es que la oferta tenga un contenido claro y preciso¹¹⁵.

La información que se intercambia en la etapa precontractual puede versar sobre estados financieros y diferentes documentos de contenido estadístico

¹¹⁴ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba. *“El Contrato de Franchising”*. Editorial Mc Graw Hill, Madrid. 1.995. Pág. 244.

¹¹⁵ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A. Op Cit. Pág. 214.

que reflejan la situación económica de las empresas contratantes. Para la legislación norteamericana, estas son las “Obligaciones Sobre los Estados Financieros” (Obligations of Respect to Financial Statements), según las cuales, cuando se busque obtener una autorización del gobierno para poder franquiciar, el comerciante que lo desee, debe escoger un formato de FOC (circular de ofrecimiento de la licencia) en el cual se le exigen declaraciones financieras certificadas por un contador público certificado, que haya ejercido independiente a la compañía durante los últimos tres años. Las compañías que tienen cierta trayectoria, podrán justificar su estabilidad y la seguridad de sus actos a través de sus estados financieros, cualquier otra información financiera histórica, estadísticas, previsiones financieras, u otro crédito e información de gasto. Si la compañía que desea poner su negocio bajo el sistema del franchising se ha formado recientemente, tendrá que aportar a dicha autorización su carta de equilibrio que equivale al acta de constitución, donde aparecen los elementos esenciales de la misma. Se asemeja al contrato de sociedad, donde se dan a saber su actividad, su capital y su responsabilidad que en definitiva, son los elementos esenciales que determinarán el grado de confianza al ser una compañía nueva que necesita empezar a realizar operaciones mercantiles.

Bajo las normas establecidas en el FTC (Federal Trade Comisión), el formato de declaraciones económicas presentados por la empresa que busca

contratar en franquicia en los años anteriores para impuestos y demás obligaciones, puede usarse para obtener la mencionada autorización, la cual debe estar acompañada por una clara y eminente descripción del auditor. Se requerirán las declaraciones financieras intervenidas durante los años futuros con respecto a la preparación de "demandas de las ganancias."

9.1.2. Obligación de lícita publicidad: Esta obligación está directamente relacionada con la anterior, y al respecto debe tenerse en cuenta la posible publicidad engañosa en la que incurriría el franquiciante en caso de realizar alguna difusión, a los posibles candidatos, sobre un supuesto sistema de franquicia basado en datos que no son auténticos, con la única finalidad de la captación de futuros miembros de la red (y con ellos su canon de entrada a la misma), sin que la información corresponda con la existencia previa de una sólida y experimentada base patrimonial, dotada de la suficiente organización para que se pueda hablar efectivamente de la creación de una nueva "empresa franquiciada".

Al respecto, es destacada dentro de la normatividad internacional la Ley General de Publicidad española, que en su artículo 4º define publicidad engañosa como la que *"de cualquier manera pueda inducir a error a sus destinatarios pudiendo llegar a afectar a su comportamiento económico"*. En el caso de la franquicia, en particular, el desarrollo de la anterior norma se

refleja en el hecho de inducir al candidato a ser franquiciado al perfeccionamiento del contrato, cuyos términos han podido ser falsamente expuestos, con las consecuencias de tipo económico que de ello surgirían.

La mencionada ley, en su artículo 5° manifiesta que también se entiende como engañosa aquella publicidad que *“silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error a los destinatarios”*, que en este caso son los futuros franquiciados.

La publicidad engañosa puede fácilmente ser desarrollada por cualquier franquiciante, ya que la experiencia a nivel mundial ha reflejado que quien está interesado en el desarrollo de una franquicia, en el papel de franquiciante, es una persona (sea natural o jurídica) que no tiene amplia experiencia en el medio, y que por consiguiente puede ser engañado por su contraparte haciendo uso de términos puramente técnicos expuestos de una manera más complicada de lo normal, con una redacción de cláusulas que tiene un significado diferente al que parece a primera vista, y realizando una selecta omisión de datos que, en principio, no sería advertida por el futuro franquiciante. Sobre el tema en discusión, es importante a nivel internacional el tratamiento dado por diferentes entidades a la posibilidad que está abierta para el franquiciante de usar publicidad ilícita para las actuaciones llevadas a cabo en la etapa precontractual. Tal es el caso del *“Bureau de Vérification de*

la Publicité” del Derecho Francés, que ha elaborado una recomendación (Recommandation) sobre las pautas a seguir en la publicidad usada para operaciones de franquicia, que no tiene carácter imperativo, pero que goza de un amplio ascendente moral, además, el Código Deontológico de la Federación Europea de Franchising se ha pronunciado al respecto, entendiendo a la publicidad usada en la etapa precontractual como “publicidad de reclutamiento”, la que debe ser siempre honesta sincera, es decir, sin ambigüedades que puedan llegar a crear confusión, de manera que

“toda publicidad que pueda contener alusiones directas o indirectas a los resultados, cifras o datos relativos a ventas o posibles beneficios será objetiva, completa y verificable; así como que la información relativa a los aspectos financieros de adquisición de la franquicia será detallada y habrá de indicar el montante real de las inversiones a realizar”.

9.1.3. Obligación de registro: En algunos países donde se ha desarrollado ampliamente la figura contractual de la franquicia, han desarrollado para quienes la suscriben la obligación de realizar un registro que se podría comparar con el registro mercantil que en nuestro país es desarrollado por las cámaras de comercio para dar conocimiento público a las características y datos generales de quienes ejercen el comercio. En este caso, lo que menciona el registro son datos mínimos respecto a la identidad del franquiciante que puedan resultar interesantes para futuros franquiciados. Tal es el caso de España, donde esta obligación está registrada en el artículo

62.2 de la ley 7 de 1.996 sobre Ordenación del Comercio Minorista, por medio de la cual se exige el debido registro a *“las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores”*.

9.1.4. Obligación de secreto: Un origen normativo que puede encontrarse para esta obligación se presenta en España, en el artículo 4º del Real Decreto 2485 de 1.998, según el cual *“el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”*.

No obstante existir regulación legal al respecto, es opinión de cierto sector de la doctrina que aún cuando este deber no se exija expresamente debe ser entendido por el franquiciado ya que su contraparte también ha de respetar la información que le suministre en la etapa precontractual, además, los sujetos participantes del contrato obtienen cierto tipo de información que de no tratarse de una etapa precontractual, no hubieran obtenido, y deben tener suficiente reserva sobre ella en virtud del principio de buena fe que debe ser primordial en cualquier negociación previa a la conclusión, no solo de un contrato de franquicia, sino de cualquier contrato mercantil en general.

Al hablar de la información recibida sobre la cual se debe guardar deber de confidencialidad, debe darse especial importancia a las características del

Know How, entendido este como un bien que, de por sí mismo, goza de un valor patrimonial.

Sobre este punto, a nivel internacional, se tienen en cuenta los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales, que en su artículo 2.16 trata el deber de “confidencialidad”, no solo como se ha visto anteriormente, sino agregando consecuencias pecuniarias ante el incumplimiento de esta obligación al mencionar que:

“si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”.

El anterior artículo tiene plena aplicación en el contrato de franquicia a nivel internacional, ya que en el preámbulo de los mencionados principios se menciona que ellos *“establecen las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales”*.

Al tratar la violación de información suministrada, especialmente en lo que respecta al *Know How*, en la etapa precontractual puede acudir, en aras de proteger a la parte que ha sufrido perjuicio con dicha divulgación.

9.2. OBLIGACIONES CONTRACTUALES

9.2.1. Obligaciones por parte del Franquiciante: El franquiciante, como ya se anticipó, suministra contractualmente diferentes elementos al tomador de la franquicia¹¹⁶:

- En primer lugar, el franquiciante debe autorizar al franquiciado el uso de una marca conocida en el mercado. Si la marca no es conocida, es de interés de las partes desarrollarla de modo que el consumidor identifique rápidamente el producto o servicio que el franquiciado va a explotar, para darle relevancia dentro del ámbito geográfico a su explotación.

- El franquiciante autoriza al franquiciado el uso de su nombre comercial. Para que sea una cláusula totalmente válida, se debe estipular específicamente dentro del contrato aspectos como la forma de uso, el lugar donde se debe ubicar, etc.

¹¹⁶ MARZORATI, Osvaldo. Op. Cit. Pág. 225.

- También se debe autorizar por parte del franquiciante a favor del franquiciado la explotación de sus patentes en caso que el producto o servicio, o incluso ambos, materia de la franquicia, requieran para su desarrollo la utilización de aquellas patentes¹¹⁷.

El cumplimiento de esta última obligación se basa en la especificación de elementos como lo son las patentes registradas, los productos o procedimientos que en ella se incluyen, y la transmisión de tecnología y conocimiento para una eficaz explotación de las mismas¹¹⁸.

- En algunos casos, es obligación del franquiciante realizar la publicidad necesaria para la venta de los productos o servicios materia de la franquicia en el mercado. De darse esta eventualidad, el franquiciante está en disposición de exigir a su contraparte el pago de un precio por

¹¹⁷ CODIGO DEONTOLÓGICO DE LA FEDERACIÓN FRANCESA SOBRE LA FRANQUICIA. artículo 2. *“El franquiciador debe garantizar el registro de su marca y la existencia de sus derechos sobre los signos de adhesión de la clientela (tales como marca, rótulos, siglas, slogan, etc.) y asegurar a los franquiciados la utilización pacífica de los que pone a su disposición. El franquiciado utiliza en sus acciones los signos de adhesión puestos contractualmente a su disposición. En todas sus acciones, especialmente en las de promoción y venta, debe respetar la imagen de marca de la cadena a la que está afiliado y serle fiel”.*

artículo 3. *“El franquiciador debe conducir el desarrollo de su red de puntos de venta franquiciados de tal modo que no lesione las posibilidades de cada uno de ellos, prohibiéndose asimismo cualquier proceder contrario a este objetivo, tal como por ejemplo, un sistema de distribución piramidal ilimitada e incontrolada. El franquiciado, por su parte, debe dedicar sus máximos esfuerzos para el desarrollo de la franquicia de acuerdo con su contrato. Especialmente no puede, salvo disposición expresa de dicho contrato, explotar directamente, o por persona o sociedad interpuesta, con un objetivo de competencia directa, una actividad semejante a la de la cadena a la que pertenece”.*

¹¹⁸ ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit. Pág. 54 –55.

concepto de la publicidad que ha realizado, el cual puede ser un porcentaje de las ventas en un período determinado, aunque el pago de publicidad puede estar ya incluido en el pago periódico que por concepto de royalty otorga el franquiciado.

- En algunas ocasiones, el franquiciante se obliga a brindar beneficios internos de un sistema normalizado de administración y de control interno, que incluye normas de contabilidad y de auditoría.
- En muchos casos el franquiciante le proporciona asistencia para la elección del lugar de explotación de la franquicia, así como en el diseño e incluso en la ingeniería respectiva, bien sea por solicitud del franquiciado, o cuando el franquiciante lo estime oportuno. Esta asistencia puede ser realizada por personal calificado que conozca profundamente la manera como se debe explotar el negocio, y se da bien sea para solucionar un problema específico o para enseñar al franquiciado o a sus empleados como hacerlo.
- Es obligación del franquiciante en aras de implementar la homogeneidad del producto o servicio dado en franquicia determinar estándares de calidad de los mismos. En caso de llegarse a modificar

aquellos estándares, se le debe notificar oportunamente al franquiciado de la ocurrencia de tal situación.

- Igualmente el franquiciante debe propender por suministrar la mercancía, materia prima o producto terminado a comercializarse dentro del establecimiento del franquiciado.
- Responder por el incumplimiento en calidad, cantidad, o defecto de los bienes entregados.
- El franquiciante también le puede facilitar o prestar asistencia financiera para la compra del local o hacer que le sea prestada por terceros comercialmente relacionados.
- En la explotación de la franquicia, el otorgante debe suministrar un sistema de operación, incluyendo el manual de operaciones, supervisión, control y cualquier mejora que en el futuro pueda desarrollar¹¹⁹.

¹¹⁹ CÓDIGO DEONTOLÓGICO DE LA FEDERACIÓN FRANCESA SOBRE LA FRANQUICIA, artículo 6. *“El franquiciador dará al franquiciado todas las informaciones susceptibles de ayudarlo a explotar su franquicia en las mejores condiciones de acuerdo a la evolución del comercio y de las técnicas aplicadas. El franquiciador informará permanentemente al franquiciado de todas las cuestiones susceptibles de ayudar al desarrollo de la franquicia”.*

- En materia de comercialización, la provisión de sistemas computarizados de mantenimiento y seguimiento de inventarios y métodos o prácticas recomendadas de comercialización es también corriente y muy valiosa.
- Dentro de la franquicia de distribución, el franquiciante puede otorgar al franquiciado en calidad de comodato, equipos o instalaciones para el funcionamiento del negocio. En cuanto a los gastos de funcionamiento o de reparación de los mismos, correrán a cargo de cualquiera de las partes según lo preceptuado en el clausulado del contrato.

La cooperación entre las partes del contrato de franquicia es muy estrecha y existe un permanente seguimiento a la persona o empresa tomadora de la franquicia por parte del franquiciante, porque justamente lo que se ha contratado primordialmente es la provisión del conocimiento integral para operar un sistema comercial de distribución de bienes o prestación de servicios según sea el caso.

La normatividad mexicana, por medio de la LFPPI (Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial), regula el contrato de franquicia y establece, entre otras, como una obligación del franquiciante la de

“proporcionar a quien se la pretende conceder previamente a la celebración del convenio respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa” (artículo 65).

Otra obligación que recae sobre el franquiciante, en Estados Unidos, aunque su aplicación puede ser general, es la entrega de un documento comprensivo que explica sus obligaciones sobre las ventas así como las restricciones que implican las Franchise Rules, para poder vender legalmente.

9.2.2. Obligaciones por parte del Franquiciado: El franquiciado tiene las siguientes obligaciones:

- Respetar la homogeneidad de la cadena. En pro de la igualdad material al interior de todos y cada uno de los establecimientos adscritos a la cadena de franquicia, el operador de la misma establece de entrada, una serie de condiciones en pro de imitar el sistema por el cual se fabrica el bien o servicio franquiciado. La fórmula del éxito dentro del primer establecimiento, debe de ser imitada estrictamente por los demás empresarios franquiciados, de ahí que esta sea la razón de ser del negocio mercantil.

- Este elemento, presupone como regla general, que el franquiciado siga estrictamente las directrices dictadas por el franquiciante para garantizar el funcionamiento armónico del sistema. Para lograrlo, se necesita que el franquiciado:
 - Desarrollar los programas de entrenamiento y capacitación que dicta el franquiciante, bien sea personalmente o por una persona facultada por éste, para ello.
 - Implementar los sistemas contables que el franquiciante le indique, para así ejercer la contabilidad dentro de la red franquiciada de manera igualitaria, al igual que presentar los informes que le sean requeridos.
 - Contratar el personal requerido para el funcionamiento del establecimiento comercial franquiciado, de acuerdo con las políticas que sobre el tema manifiesta el franquiciante.
 - Operar dentro de los horarios de atención al público que el franquiciante dicte, según el territorio y el flujo de demanda presente en el área de trabajo.

- Mantener el establecimiento en las condiciones que el franquiciante dicte, (sistemas de higiene, infraestructura, etc) así se concurra en renovaciones periódicas.

- Adquirir las materias primas necesarias para la producción del producto o, la asesoría necesaria para prestar un servicio, directamente de la persona del franquiciante, o de un agente señalado por él.

- Ofrecer al público en general, los bienes o servicios a los precios y valores establecidos por el franquiciante.

- El franquiciado solamente se encuentra capacitado para ofrecer en el mercado donde se establezca, los productos o servicios que la red franquiciada ofrezca. Autónomamente, no se pueden ofrecer otros que no se encuentren estipulados contractualmente, a menos, que el franquiciante, autorice tal situación con posterioridad.

- Usar la marca proporcionada por el franquiciante con base en los parámetros que este ha fijado para ello. Esta obligación supone que el hecho de no usar la marca se entiende como un uso indebido, con lo que se configuraría un incumplimiento

- En México, en virtud de los artículos 152-IV y 141 de la LFPPI, se consagra que la falta de uso de las marcas como usuario autorizado para determinado país o territorio puede originar que las marcas caduquen para su titular por falta de uso.
- Situar el establecimiento comercial donde se realizará el desarrollo de la franquicia en un lugar autorizado por el franquiciante, incluyendo especificaciones de construcción, instalación, decoración, publicidad, equipo, mobiliario, etc., que el franquiciante señale contractualmente.
- Seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación que señale el franquiciante.
- El franquiciado está obligado a rendir cuentas a su contraparte contractual durante el desarrollo del contrato, así como después de la terminación del mismo.
- Contratar determinada clase de personal y someterla al entrenamiento que provee el franquiciante, o cualquier tercero que este señale.
- Mantener un mínimo de horas de servicio al cliente.

- Obtener del franquiciante, o de quien él determine, un mínimo de stock para asegurar el desarrollo del objeto contractual por un mínimo período determinado.
- Correr con el riesgo de la empresa.
- Debe comprar las maquinarias o equipos que le sugiere el franquiciante y reproducir las instalaciones que este le recomienda.
- Tiene que pagar una suma fija al inicio y una regalía mensual de sus ingresos al otorgante.
- Debe seguir escrupulosamente las instrucciones del otorgante sobre producción, comercialización y administración del producto o servicio. Esto incluye desde mantener estándares de higiene y servicio al cliente, hasta precios mínimos y máximos de venta al público.
- Guardar secreto sobre la información recibida por el franquiciante, especialmente en lo que respecta al *Know How* del desarrollo de la franquicia.

- De no obtener por parte del franquiciante autorización expresa para desarrollar tal opción, el franquiciado se debe abstener de subfranquiciar lo que ha recibido en virtud del contrato de franquicia.
- Distribuir u ofrecer al público únicamente los productos que el franquiciante determine, bien porque él mismo los provee, o porque esto lo hace un tercero contractualmente fijado.
- Abstenerse de ejecutar actos que puedan significar una competencia directa contra los intereses del franquiciante durante el desarrollo del contrato y por un tiempo fijado después de la terminación del mismo. Esta obligación se incumple con el desarrollo de un establecimiento de comercio con el mismo objeto social al de la franquicia, o su participación en un sistema de franquicias idéntico.
- Cuando ha terminado la vigencia del contrato, el franquiciado se debe abstener de continuar con el uso de lo recibido por parte del franquiciante para el desarrollo del objeto comercial del contrato (marca, enseña, nombre comercial, *Know How*, etc.). De lo anterior se asume la prohibición de volver a realizar contratos bajo el nombre del franquiciante, con el objeto de evitar la confusión frente a terceros

El Código Deontológico de la Franquicia de la Comunidad Económica Europea recomienda que: *“toda posible cláusula de “no competencia” aplicable al franquiciado tras la terminación del contrato deberá especificarse y definirse con exactitud en el propio contrato respecto a su duración y zona de aplicación”*.

Para Marzorati¹²⁰, la no competencia es el reverso de la exclusividad. Esta última en este contrato es generalmente recíproca: el franquiciado se obliga a no aprovisionarse más que donde el franquiciante, absteniéndose de hacerlo con otro franquiciante, concedente, o proveedor. En contrapartida, el franquiciante solo tratará con este distribuidor exclusivo (franquiciado) en el territorio asignado.

Cuando las partes han sujetado el contrato a los principios de UNIDROIT, les resulta aplicable la siguiente regla establecida en el artículo 2.16 de dichos principios:

“si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el trasgresor”.

¹²⁰ MARZORATI, Osvaldo J. Op. Cit. Pág. 280.

Por su parte, el artículo 84 de la LFPPI mexicana establece que en contratos donde se transmitan conocimientos técnicos se podrá incluir la cláusula de confidencialidad. Al respecto, el artículo 82 de la misma ley establece que se entiende por secreto industrial *“toda información de aplicación industrial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los métodos o sistemas suficientes para preservar su confiabilidad y acceso restringido de la misma.”*

En Estados Unidos es bastante común que entre las partes se acuerden cláusulas especiales que generen derechos y obligaciones para las partes, sin perjuicio de las mencionadas anteriormente y aclarando que la aplicación de las mismas puede ser global, como: garantías con el propósito de asegurar y resguardar el patrimonio de las diferentes empresas contratantes, cubriendo así el riesgo sobre determinadas obligaciones derivadas del contrato. Es permitido acordar garantías tales como Security Interest y Letter of Credit (Carta de Crédito) entre otras, con el propósito esencial de permitir el recobro seguro de los porcentajes sobre ventas acordados (royalties), contribuciones y demás obligaciones propias del acuerdo.

En relación a los riesgos que se generan con la ejecución del contrato, también es posible trabajar con un agente de seguros o gerentes de riesgo, para amparar los riesgos. Para tal efecto se debe pactar la cantidad de fondos y deducibles que son apropiados para sus funcionamientos comerciales.

Ambas partes, antes de contratar, deben asesorarse de un contador para diligenciar sus declaraciones financieras apropiadas para la inclusión en el FOC. Por otro lado, se tiene que obtener el dominio de la marca (trademark) debiendo quedar ésta, debidamente registrada mediante reconocimiento federal así como asegurar el cubrimiento apropiado en el Franchise Offer Circular -FOC- (Circular de Oferta de Franquicia).

Toda esta documentación preparativa debe ser presentada estrechamente entre franquiciante y franquiciado (Advertising/Marketing), para coordinar los mismos bajo el enfoque de un juego comercial que demuestre la consistencia de sus manuales, obligaciones y restricciones.

9.3. DERECHOS CONTRACTUALES

9.3.1. Derechos del Franquiciante. El franquiciante tiene derecho a:

1. Solicitar al franquiciado, la información que estime necesaria tendiente a sustentar la confianza que se le brinda al momento de aceptarlo como miembro del sistema, bien sea calidades personales, capacidad económica, experiencias comerciales, etc.
2. Exigir el pago del derecho de entrada a la red de franquicias al franquiciado, y la cuota periódica a la cual él se ha obligado en virtud del contrato.
3. Supervisar el funcionamiento del establecimiento comercial operado por el franquiciado.
4. Vigilar el comportamiento económico de los establecimientos adscritos a la red de franquicias, bien sea en cualquier momento durante la vigencia de la relación contractual, o al momento de la terminación del contrato¹²¹, solicitando los documentos y demás instrumentos

¹²¹ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A. Op. Cit. Págs. 437 y 438.

financieros que lo sustenten. Se puede exigir además que la rendición de cuentas vaya acompañada de una persona idónea (auditor, revisor fiscal especializado, etc.), la cual corrobore la autenticidad de la información contenida en el documento.

Eventualmente, se podría afirmar, que el franquiciante tiene derecho a cambiar las condiciones del contrato de franquicia. Sin embargo, es bueno analizar este punto cuidadosamente, en aras de impedir la generación de arbitrariedades por parte del franquiciante, en detrimento de los derechos del franquiciado.

Se puede presentar la situación en que dentro de una franquicia ya establecida, se modifiquen las condiciones de funcionamiento de ésta, en busca del mejoramiento o la optimización del servicio que se presta al público en general. Como por ejemplo, en una franquicia de servicios de telefonía, se exige la adquisición de nuevos equipos para desarrollar el objeto del sistema.

Sin embargo, es bueno aclarar, que estas posteriores modificaciones al contrato primogénito, deben ser acordes con los intereses generales de la red de franquicias, y no deben incurrir en mutaciones sustanciales en el

objeto comercial de la franquicia, en ningún tipo de abuso del derecho o, de la posición dominante que ejerce el franquiciante dentro del sistema.

Además, si existe algún motivo que llevó al franquiciado a contratar (debidamente manifestado en el momento de la celebración del contrato, conocido por su cocontratante), y este cambia en un momento dado por mandato del franquiciante, aún cuando no altere la naturaleza de las prestaciones a las cuales se obligó, no podrá éste exigir la permanencia del franquiciado en un negocio el cual, ya no le representa interés.

9.3.2. Derechos del Franquiciado. Por otra parte del franquiciado tiene derecho a:

- Solicitar a su arbitrio, la información necesaria que sustente la posición comercial del franquiciante¹²².
- Recibir la capacitación a que haya lugar, con miras a garantizar desde un comienzo el funcionamiento homogéneo del establecimiento franquiciado dentro del sistema.

¹²² Según el Derecho Francés, el antiguo reglamento 4087 de 1.988, que fue sustituido por el reglamento 2790 del 22 de Diciembre de 1.999, faculta al franquiciado a disponer de los derechos de información previa y de actualización de los conocimientos básicos acerca de la franquicia.

- Usar la marca del franquiciado, recibir el *Know How* y demás propiedad industrial que se transmita con ocasión de la celebración del contrato de franquicia.
- Solicitar al franquiciante, el *stock* necesario para la consecución del establecimiento de comercio.
- Requerir asistencia general durante la vigencia del contrato, tendiente al mejoramiento del servicio prestado por la persona del franquiciado al interior del establecimiento comercial.
- Recibir un preaviso que le señale la no renovación del contrato o la terminación del mismo por parte del franquiciante, dentro de una unidad de tiempo que no avoque en abuso del derecho por parte de este último.

10. RESPONSABILIDAD ENTRE LAS PARTES

10.1. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El artículo 863 del Código de Comercio Colombiano, explica que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que cause¹²³”.

Dando continuidad a la exaltación dada al principio de la Buena Fe, cabe resaltar su valor esencial el cual también debe tenerse implícito en el comportamiento Pre-contractual, sirviendo de elemento identificador y determinador para la existencia de la responsabilidad ocurrida en esta etapa.

Lo anterior por cuanto, como principio general que es, la buena fe no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción,

¹²³ CODIGO DE COMERCIO COLOMBIANO. Artículo 871: Principio de la Buena Fe: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre, o la equidad natural”.

en especial en contratos atípicos como la franquicia, respecto de la etapa precontractual y contractual.

De ésta, se discute para referirse a la responsabilidad en que incurren las partes por su conducta, actuaciones y omisiones en la etapa preliminar a la celebración de este tipo de contrato. “Para que surja el problema hay que suponer necesariamente dos personas que se relacionan con el objeto de celebrar un contrato. Se encuentran en la época de las negociaciones o período precontractual. Pero las negociaciones no tienen éxito y el acuerdo no se celebra. Puede suceder que este fracaso cause algún perjuicio al uno o al otro de los contratantes frustrados”¹²⁴

Si bien es cierto que a raíz de un eventual incumplimiento de las obligaciones a las cuales se ven comprometidas las partes del contrato de franquicia en la etapa precontractual las respectivas negociaciones deriven en el mencionado fracaso, también es cierto que puede llegarse a suscribir el contrato sin que se haya observado el incumplimiento ocurrido, por lo que a la vida jurídica nace válidamente el contrato, aunque el mismo estaría viciado a partir del momento en que se alegue el incumplimiento.

¹²⁴ Pérez Vives Álvaro. Teoría general de las obligaciones, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1957. 2ª edición, Pág. 4.

La consecuencia inmediata del requerimiento dentro del contrato por el incumplimiento precontractual hallado, dependería del tipo de situación que se esté tratando. Por ejemplo, en caso que dentro de la etapa de negociación el futuro franquiciado haya otorgado una información falsa sobre sus calidades personales puede configurar un error en la persona o incluso un eventual dolo, que derivarían en la nulidad del contrato suscrito después de ocurrida la situación, aunque si esta es reclamada antes de la firma del contrato, entonces no se hablaría de nulidad sino de un incumplimiento precontractual que generaría una indemnización de perjuicios.

La mencionada nulidad puede ser solicitada conforme a lo estipulado en nuestra legislación en el artículo 900 del Código de Comercio, según el cual es anulable el negocio que “haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil”. A su vez, el artículo 902 de este mismo estatuto, establece que la nulidad parcial de un negocio jurídico, como lo es la franquicia, acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que “las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Cabe recordar que las obligaciones más comunes en la etapa anterior a la celebración del negocio comercial tendiente a instalar una nueva red de franquicia, o permitir el ingreso de un empresario a la misma, pueden ser,

entre otras: lícita publicidad, registro de la franquicia, debida información recibida y secreto sobre ella misma.

Nuestra legislación comercial se ocupa del análisis de la etapa anterior a la firma del contrato, en tanto reglamenta de forma separa las declaraciones de voluntad unilaterales que acontecen antes del perfeccionamiento del negocio, las cuales son independientes y autónomas, pero que, como tal, generan responsabilidad y obligaciones para quien las realiza, expresa, acepta o exterioriza.

De esta manera, todo acto unilateral dirigido al perfeccionamiento de un contrato, ya sea atípico o no, y que contiene los elementos esenciales, determinados o determinables, del negocio jurídico de Franquicia que se espera celebrar resulta vinculante para el oferente en el evento de que el destinatario la acepte.

A manera de ejemplo plenamente ilustrativo, se trae a colación el artículo 846 del Código de Comercio Colombiano, el cual obliga a indemnizar los perjuicios que cause el oferente que se retracte de la oferta ya informada por cuanto esta es irrevocable, siendo aplicable plenamente dicho principio para la negociación de franquicias. En tanto, la aceptación es el acto jurídico unilateral que proviene del destinatario de la oferta, si elige aceptarla, toda

vez que no está obligado a hacerlo. El hecho de repudiar la oferta o dejar pasar vencer su término, en realidad no causa obligaciones para el destinatario; pero, en ésta como en cualquier otra actividad precontractual, los sujetos partícipes deben comportarse de acuerdo con el principio general de la buena fe (Código de Comercio Colombiano, artículo 863), so pena de comprometer su responsabilidad.

Sin embargo, debemos tener presente que, en derecho privado no existe discusión al determinar que los tratos preliminares dirigidos a la celebración del contrato de Franquicia, o cualquiera otro, pueden generar responsabilidad para la parte que los incumpla, siempre y cuando, como lo exponíamos anteriormente, vulnera el principio de la Buena Fe. Al respecto, la honorable La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado lo siguiente:

“Es verdad inconcusa que los contratos surgen a la vida del derecho en virtud de un acuerdo de voluntades destinado a producir obligaciones. Mas, como se deduce de la propia naturaleza de las cosas, ese acuerdo de voluntades no acaece de un momento para otro; es la culminación de un itinerario que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, tratos estos preliminares que colocan a las partes en lo que la doctrina denomina estado precontractual, y a cuya culminación puede suceder el advenimiento de la oferta, esto es, el proyecto definitivo de acto jurídico que por alguien se somete a otra persona, o a

personas indeterminadas (policitación), para su aceptación o rechazo (Código de Comercio Colombiano, artículo 845).

Por su parte, y de forma general aplicable a todos los contratos, el CONSEJO DE ESTADO ha manifestado lo siguiente:

“(...) para que exista oferta se requiere voluntad firme y decidida para celebrar un contrato, lo que la distingue de los simples tratos preliminares, en los que de ordinario esa voluntad con tales características todavía está ausente; y, al propio tiempo, ha de ser tan definida la voluntad de contratar por quien lo hace, de manera tal que no ha de aparecer duda de ninguna índole de que allí se encuentra plasmado un proyecto de contrato revestido de tal seriedad que no pueda menos que tenerse la certeza de que podrá perfeccionarse como contrato, con el lleno de todos los requisitos legales, si ella es aceptada por aquel o aquellos a quienes va dirigida, lo que necesariamente supone que en ella han de estar contenidos, cuando menos, los elementos esenciales del contrato propuesto y que, además, ha de ser dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento (...). Conforme a lo dispuesto por el artículo 846 del Código de Comercio la oferta para la celebración de un contrato es irrevocable y, por consiguiente, si el proponente se retracta luego de comunicada, habrá de indemnizar al destinatario los perjuicios que con esa conducta le ocasione, norma esta que guarda perfecta y estrecha armonía con lo preceptuado por el artículo 863 del mismo código, que ordena a las partes indemnización de los perjuicios que se causen cuando una de las partes no actúe con buena fe exenta de culpa en el período precontractual. Ello quiere decir, que por expreso mandato del legislador se incurre en responsabilidad civil siempre que por un error de conducta de una cualquiera de las partes, se irroga sin justificación perjuicio a la otra parte en la etapa precontractual, pues, el legislador, como se puede observar por el texto mismo de las normas citadas, ha rodeado de protección a quienes participan en ella, de

manera que, si se sorprende a la contraparte con el rompimiento del proceso de negociación sin motivo justificado y con violación del principio de la buena fe, es apenas natural que, puesto que todavía no ha nacido a la vida jurídica el contrato en vía de formación, no pueda exigirse la reparación del daño causado alegando para el efecto responsabilidad derivada de incumplimiento contractual, lo cual no significa sin embargo que no se haya causado una lesión, un daño a la otra parte, pues es evidente que en la etapa precontractual si se incurre en ese tipo de conducta, ha de garantizarse el “restablecimiento de la situación patrimonial negativa en la que puedan encontrarse aquellos por la confianza que tuvieron en que el curso normal de la negociación no se interrumpiría. En consecuencia, dicha indemnización tiende a compensar los menoscabos de todo orden, materiales y morales, resultantes de haberse seguido manifestaciones contractuales frustradas”¹²⁵

Basados en lo anterior, tanto el Franquiciante como el Franquiciado, a lo largo de sus negociaciones pre-contractuales deben tener especial cuidado y deber de obrar conforme al principio de la buena fe exenta de culpa, manifestado de forma clara y real su capacidad de contratación evitando en todo momento el causar perjuicios a la otra parte.

En Estados Unidos, existe un sinnúmero de normatividades y pronunciamientos jurisprudenciales (tanto a nivel federal como estatal), por medio de los cuales se han establecido diversos derechos y obligaciones en cabeza de cada una de las partes (franquiciante y franquiciado), tendientes a

¹²⁵ CONSEJO DE ESTADO en sentencia de 23 de noviembre de 1989 (G.J. tomo CXCVI, N° 2435, pág. 123), reiterada en fallo N° 239 de 27 de junio de 1990 (ordinario Gustavo Arango Escobar y otro contra Fernando Buitrago y la Sociedad Globo T.V. Ltda.)”.

proteger generalmente no solo la relación contractual, sino también, en particular al franquiciado debido a la desventaja económica que presenta frente a su contraparte; además de la persona del consumidor. Como ejemplos, se pueden citar los siguientes:

Una de las políticas creadas para el desarrollo de la figura de la franquicia más importantes y significativas del mundo es la establecida por la FTC (Federal Trade Comisión), entidad gubernamental norteamericana que tiene dentro de sus funciones dar mayor solidez a las normas federales sobre franquicia, por medio de la cual se le obliga a todo franquiciante a colocar en la cubierta de cualquier prospecto de negocio de franquicia, y en un tipo de letra de mínimo 12 puntos resaltado, un enunciado para el futuro franquiciado:

“Para protegerlo, le hemos pedido a su franquiciante que le de esta información. No la hemos revisado ni sabemos si es correcta. Debería ayudarlo a tomar una decisión. Estúdiela cuidadosamente. En vista que incluye alguna información sobre su contrato, no confíe plenamente para entender su contrato. Lea todo su contrato cuidadosamente. Comprar una franquicia es una inversión complicada. Tómese su tiempo para decidir. De lo posible, muestre su contrato y esta información a quien le pueda brindar un consejo, como un abogado o un contador. Si usted encuentra algo que pueda ser incorrecto o algo importante ha sido omitido, háganoslo saber. Puede ser ilegal. Es posible que además existan

leyes sobre franquicia en su estado. Pregunte a sus agencias estatales sobre ellas¹²⁶”.

Por otra parte, la misma FTC ha estipulado ciertas discusiones que son necesarias que ocurran sobre ganancias y proyecciones de ventas por los franquiciantes (Required Disclosures of Earnings and sales Projections by Franchisors), donde se parte de la base que aquellos suelen mostrar proyecciones de ventas y ganancias (generalmente benéficas para la empresa) con el fin de atraer y convencer a los posibles franquiciados a invertir en su franquicia, manera de la cual se podría configurar fácilmente un fraude contra el franquiciado.

La orden de la agencia gubernamental es que esta discusión se realice cada vez que el franquiciante enseñe una proyección basado en figuras actuales o hipotéticas. De usarse figuras actuales, como ventas, ingresos y rendimiento, o se basan los datos en una franquicia ya establecida, el franquiciante debe aclarar los siguientes puntos: El número y porcentaje de las actuales franquicias que han obtenido esos resultados; una declaración redactada en letra de por lo menos 12 puntos de tamaño resaltada donde diga: *“Precaución: algunos puntos han vendido o ganado esta cantidad. No*

¹²⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION RULE: *“To protect you, we’ve required your franchisor to give you this information. We haven’t checked it, and don’t know if it’s correct. It should help you make up your mind. Study it carefully. While it includes some information about your contract, don’t rely on it alone to understand your contract. Read all of your contract carefully. Buying a franchise is a complicated investment. Take your time to decide. If possible, show your contract and this information to an adviser, like a lawyer or an accountant. If you find anything you think may be wrong or anything important that’s been left, you should let us know about it. It may be against the law. There may also be laws on franchising in your state. Ask your state agencies about them.”*

hay seguridad en si la suya también lo hará. Si usted confía en nuestras figuras, entonces debe aceptar el riesgo que no le vaya tan bien¹²⁷”. Si por el contrario el franquiciante usa ejemplos hipotéticos, debe aclarar: La aceptación del riesgo bajo los estimados; el número y porcentaje de franquicias actuales que han obtenidos resultados como los expuestos; una declaración redactada en letra de por lo menos 12 puntos de tamaño resaltada donde diga: “Precaución: estas figuras son solo estimaciones de lo que creemos usted puede ganar. No hay seguridad en que le vaya tan bien. Si usted confía en nuestras figuras, entonces debe aceptar el riesgo que no le vaya tan bien¹²⁸”.

Para Marzorati, el incumplimiento de una cláusula del contrato, bien sea por dolo o culpa, que origine un daño a un tercero, genera responsabilidad hacia el cocontratante. Para el mismo autor, puede darse acción legal por ocurrir una culpa precontractual durante la etapa de discusión de cláusulas previa a la constitución del contrato, como es el caso en que el franquiciante otorga al futuro franquiciado información incompleta o imprecisa bajo la cual se puede inducir a este último a error que derivará en la firma del contrato de franquicia.

¹²⁷ “Caution: some outlets have sold (or earned) this amount. There is no assurance you’ll do as well. If you rely upon our figures, you must accept the risk of not doing so well”

¹²⁸ “Caution: these figures are only estimates of what we think you may earn. There is no assurance you’ll do as well. If you rely upon our figures, you must accept the risk of not doing so well”.

10.2. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Es importante determinar las situaciones de responsabilidad de franquiciante y franquiciados que llevan a la inejecución del contrato. Por otro lado, se debe analizar la responsabilidad ante el consumidor final.

En relación a la primera hay que diferenciar las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito como por ejemplo en el caso en que el negocio del franquiciado desaparezca por incendio, guerra o catástrofe que dispensaría de la indemnización por daños, de aquellas situaciones de dolo o culpa. El seguro, cuya contratación es hoy exigencia de toda franquicia cubriría posiblemente todas aquellas situaciones no imputables.

En el contrato de franquicia se presentan casos de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, ya que siempre se está tratando de un negocio en el cual hay relación con el público que obtiene los bienes o servicios objeto de la franquicia, con las consecuencias que ello trae, como la presencia necesaria de contratos de seguros que protejan los intereses de la franquicia frente a acciones legales que los terceros puedan interponer contra ella por perjuicios causados por los bienes entregados o los servicios prestados.

Conforme a la casuística internacional en esta materia, el franquiciante incurrirá en dolo cuando¹²⁹:

- Viole la cláusula de exclusividad dada al franquiciado.
- Cierre su empresa. Esta causal no genera dolo, por supuesto, cuando el cierre es resultado de una quiebra, u otra razón ajena a la voluntad del franquiciante.
- Se abstenga de ejecutar la obligación de asistencia técnica.

La jurisprudencia norteamericana ha establecido que las partes en el contrato de franquicia son responsables por sus propios contratos, razón por la cual, en principio, una acción u omisión del franquiciado hace que este sea responsable por los perjuicios causados.

Dentro de las obligaciones que aceptan las partes en un contrato de franquicia, es incluida generalmente, si no en todas las ocasiones, aquella por medio de la cual el franquiciado se obliga a aceptar la periódica revisión de sus actos por parte del franquiciante en aras de proteger la imagen del

¹²⁹ CHERVIN DE KATZ, Martha. “*Qué es el Franqchising*”, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina 1.995. Pág. 78 – 79.

mismo. Es una cláusula impuesta por el otorgante de la franquicia para servir de sustento jurídico en caso de buscar una acción contra el franquiciado, aunque hay ocasiones en que la obligación puede terminar perjudicando a la parte que la propuso¹³⁰.

El franquiciado incurrirá en dolo en los siguientes supuestos¹³¹:

1. Violación de las reglas de confidencialidad.
2. Infracción de las cláusulas de no competencia.

¹³⁰ Tal es la situación que ocurrió en el caso *Martin vs. McDonald's Corp.*, decidido por el Tribunal de Apelaciones del Estado de Illinois, en los Estados Unidos. En este caso, la cadena de comidas rápidas estableció un programa de seguridad para que fuera aplicado por cada uno de los franquiciantes, y evitar así una creciente ola de inseguridad presentada en 1979. Para desarrollar el programa a nivel regional fue encargado un empleado de la empresa, Jim Carlton, quien después de visitar la franquicia ubicada en la población de Oak Forest estableció que deberían seguirse ciertos procedimientos de seguridad, como el cambio de cerraduras y la instalación de cámaras de video.

En noviembre 29 de 1.979, un sujeto armado entró al restaurante por la puerta trasera, mató a una de las empleadas (Laura Martin) y asaltó el establecimiento, dejando así claro que los procedimientos de seguridad nunca fueron seguidos, lo que después se confirmaría cuando los empleados aseguraron nunca haber recibido directamente las órdenes, o debida capacitación sobre los cambios que deberían haberse realizado, dejando así abierta la posibilidad a los familiares de la víctima y sus compañeros de trabajo para demandar a McDonald's por su cuota de responsabilidad en lo ocurrido. Los demandantes aseguraron que en el contrato de franquicia existía una cláusula por medio de la cual el franquiciado se obligaba a permitir revisiones periódicas de cualquier tipo –producción de alimentos, decoración del establecimiento, seguridad- y a acatar las órdenes que impartiere el franquiciante, que seguramente en el caso particular hubieran sido obedecidas de haberse realizado la expresa solicitud y la posterior revisión para ver si efectivamente se estaban cumpliendo con los parámetros de seguridad establecidos para los puntos de venta de todo el país.

Al ganar la demanda, obtuvieron la suma de US \$1.003.445 por la muerte de Martín, mientras que las familias de las trabajadoras asaltadas obtuvieron US \$125.000 cada una.

Aquí se observa un caso en el cual una obligación que, en principio, está dirigida a una sola parte del contrato puede perjudicar a la otra en caso que no exija su debido cumplimiento, como lo expresó el Tribunal de Apelaciones al manifestar que McDonald's fue negligente al no pedir formalmente el cumplimiento de una obligación, y más aún al no haber realizado el seguimiento necesario para haberse dado cuenta con anterioridad a los hechos que no se había acatado la orden nacional de incrementar la seguridad, ya que voluntariamente había asumido el deber de realizar el mencionado seguimiento periódico. Lo más interesante del caso es la conclusión que surge tras su estudio, donde una empresa resulta siendo responsable, a favor de su contraparte contractual, del resarcimiento de perjuicios cometidos por un delincuente particular contra unas personas con quienes no tenía directamente ningún vínculo, como lo eran la víctima fatal y sus compañeras de trabajo.

¹³¹ CHERVIN DE KATZ, Martha. *Ibid.* Págs. 78-79

3. Desviación del *stock* a otro negocio fuera de la zona de exclusividad.
4. Distorsión o falseamiento de los balances con el fin de que el franquiciante no pueda determinar el *royalty* sobre los volúmenes de venta.
5. Incursión en conductas reiteradas de incumplimiento con los métodos determinados por el franquiciante.
6. Cierre de la empresa. En caso que sea debido a acciones del franquiciado destinadas a causarle al franquiciante el daño que le implica perder el control de un establecimiento perteneciente a su red en un área de su interés.

Son situaciones culposas por parte del franquiciante:

- El retraso en los cumplimientos de entrega del *stock*.
- La inejecución sin intención de sus obligaciones de asistencia técnica.

Hay culpa del franquiciado cuando:

- Por negligencia no cumple con el método impuesto por el franquiciado.
- Por la negligencia no advierte al franquiciante que un tercero está usando indebidamente la marca de la franquicia, o no comunica, a los fines de la oposición, sobre la solicitud de registro de la marca por un tercero.

En cuanto a la defensa de la marca, el franquiciante tiene el derecho y la obligación de proteger a la red, ante cualquier posible usurpación por terceros de los signos distintivos y de todos los elementos que conforman la marca. Existe por parte del franquiciante una garantía de evicción en relación a la marca que es de oposición cuando existe el peligro potencial o real de usurpación por un tercero, y de defensa cuando un tercero discute o se opone a la titularidad del franquiciante.

El único titular del derecho marcario es el franquiciante, quien puede ejercer por sí o por otro el derecho de defensa en caso de presentarse violación sobre los derechos de los elementos protegidos por la propiedad industrial. En el *franchising* internacional muchas veces se le da al *Master Franchise* la legitimación activa, mas no la titularidad de la marca, recordando que se entiende a aquél como el franquiciado que desarrolla una franquicia dentro de un territorio determinado por el franquiciante principal otorgando subfranquicias.

10.3. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACTOS PROPIOS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

En materia de competencia desleal, donde se puede encasillar en principio el anterior factor, Colombia por medio de la ley 256 de 1.996 regula cuales son los comportamientos que configuran la competencia desleal.

El legislador estableció la forma por medio de la cual se deberá proteger la libre y leal competencia económica mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal en beneficio de todos los partícipes del mercado, de acuerdo al Convenio de París suscrito y ratificado por Colombia mediante la expedición de la ley 178 de 1.994.

El franquiciado, puede incurrir en una falta en contra del franquiciante, al momento de no verificar el cumplimiento de los siguientes actos, los cuales, aunque mediante la ley de competencia desleal no se estableció que fueran específicamente aplicables al contrato de franquicia, no le son extraños en su aplicación. Ellos son:

10.3.1. Actos de desviación de clientela. Toda conducta que tiene por objeto o efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles, o

establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

Cuando el franquiciado incurre en actos propios de desviación de clientela, verbigracia en el momento en que atrae fraudulentamente la atención del público que de por sí, se está explotando por otra franquicia similar en un determinado territorio cercano al de su establecimiento de comercio, se incurre en actos propios de desviación de clientela.

10.3.2. Actos de desorganización. Son aquellos que tienen por objeto o efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno.

Realizar actos de índole doloso por parte del franquiciado, en las operaciones ordinarias de los demás integrantes de la red franquiciante, generando la desestabilización del sistema, produce un grave perjuicio no solo a los demás franquiciados, sino también a los objetivos buscados por el franquiciante al integrar el sistema.

10.3.3. Actos de engaño. De utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea

susceptible de inducir a error a las personas que se dirige la actividad, las prestaciones mercantiles, o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Incorre el franquiciado en este tipo de conducta, cuando sin justificación alguna, promueve propaganda engañosa en cuanto a la calidad de los productos o servicios ofrecidos por alguno de los establecimientos integrantes de la red, la cual perjudica las ventas o normal funcionamiento de éstos.

10.3.4. Actos de descrédito. De utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

El franquiciado en el momento de injuriar la persona de cualquier otro franquiciado miembro de la red, ante un proveedor en especial regular de éstos, desacredita la actividad del establecimiento de comercio objeto del descrédito, desestabilizando el normal funcionamiento de la red.

10.3.5. Actos de comparación. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos o comprobables.

Se presentan especialmente al momento de realizar o efectuar publicidad del producto o servicio, cuando el franquiciado establece o divulga al público comparaciones erróneas entre los productos o servicios que presta con los de otro franquiciado de la misma red.

10.3.6 Actos de Imitación. En principio, la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas, es libre. No obstante, ésta se considerará desleal, cuando genere confusión acerca de la procedencia empresarial de la prestación. También se considerará desleal, la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando se haya encaminada a obstaculizar su afirmación en el mercado y, exceda de lo que, según las circunstancias, pueda reputarse como respuesta natural del mercado.

Cuando el franquiciado, al momento de la terminación del contrato de franquicia, para este caso por ejemplo, una franquicia de restaurantes, decide establecer un negocio con el mismo objeto comercial, generando confusión acerca de la procedencia empresarial del producto ofrecido, genera competencia desleal no solo frente a su antiguo franquiciante, sino también, a todos los demás establecimientos integrantes de la red. Es bueno reseñar en este punto, que una de las obligaciones primordiales del franquiciado al momento de la terminación del contrato de franquicia, es abstenerse de establecer una fuente de explotación económica similar a la que se encontraba explotando anteriormente, dentro de un plazo prefijado en el contrato.

10.3.7. Explotación de la reputación ajena. Es desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado, por lo que es desleal también, el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos aunque esté acompañado de la indicación de la verdadera procedencia del producto, o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase”, “género”, “manera”, “imitación” y similares.

Se presenta lo anterior cuando un franquiciado decide por su propia cuenta abrir al público un establecimiento de comercio en el que se aproveche el

mercado anteriormente explotado por la red franquiciante, mencionado al público que en éste nuevo establecimiento se sigue el método de operación trabajado por el sistema de franquicia al cual ya no pertenece.

10.3.8. Actos de violación de secretos. Es desleal la explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o cualquier clase de secreto industrial o empresarial a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o por medio de espionaje o por procedimientos análogos.

Se puede presentar en el momento en el que el franquiciado resuelva divulgar los secretos industriales o el *Know How* proveniente de su franquiciante, bien sea para beneficio propio o de un tercero ajeno al sistema.

10.3.9. Actos de inducción a la ruptura contractual. La inducción a trabajadores, proveedores, clientes, y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación de un contrato, o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena, sólo se entiende como desleal cuando tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de engaño, intención de eliminar a un competidor u otros análogos.

El propiciar negociaciones con clientes o proveedores de otros franquiciados de la red, o de los competidores, para causar una disminución considerable en la participación a que tienen derecho éstos en el mercado que se encuentran explotando, que se traduce en un consecuente aumento de las utilidades a favor del franquiciado que incurre en la conducta.

10.3.10. Actos de violación de normas. La realización en el mercado de una significativa ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante infracción de una norma jurídica.

Cuando el franquiciado obtiene por medios fraudulentos bienes para ser ofrecidos al público en el mercado por intermedio del establecimiento que maneja (por ejemplo por contrabando), poniéndolos a disposición en cuantía inferior de lo normal, perjudicando así las ventas de los demás negocios integrantes del sistema, o de los competidores.

10.3.11. Actos de pactos desleales de exclusividad. Cuando los contratos de suministro, se pactan cláusulas de exclusividad, con el efecto de restringir el acceso de los competidores en el mercado, o monopolizar la distribución de bienes o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean propiedad de los entes territoriales.

Cuando el franquiciado restringe el acceso a las materias primas para el desarrollo del objeto comercial de los demás establecimientos de la franquicia o de los de propiedad de la competencia.

No obstante, es bueno aclarar que las causales analizadas anteriormente, son aplicables no solo a favor del franquiciante, sino también a favor del franquiciado o, a favor de los demás participantes del mercado. El incurrir en algunas de estas causales, puede dar derecho a la declaratoria de terminación del contrato de franquicia.

Siguiendo la normatividad comunitaria, el Derecho Francés regula el Contrato de Franquicia en torno a la protección de dos intereses fundamentales, siendo el primero, la defensa de la competencia¹³² y el segundo, la protección del franquiciado

Por otra parte, se considera en el Derecho Francés como un acto de competencia desleal el dar por terminadas las relaciones comerciales sin dar un preaviso de por lo menos seis meses de anticipación, a diferencia del sistema anglosajón, aquí se sigue un término determinado para el preaviso.

¹³² CODIGO DEONTOLÓGICO DE LA FEDERACIÓN FRANCESA SOBRE LA FRANQUICIA. Artículo 1°. *“El franquiciado no puede ofrecer, vender o distribuir ningún producto a servicio de lesionar los intereses de sus franquiciados o de los consumidores”.*

10.4. RESPONSABILIDAD FUNDAMENTAL FRENTE AL CONSUMIDOR

Se puede analizar bajo las siguientes tres dimensiones:

10.4.1. Defecto del bien objeto de la franquicia. El gran interrogante es: ¿a quién debe demandar el consumidor que ha sufrido un perjuicio por el consumo o uso de un bien viciado en su calidad?.

En todas las formas de negociación en masa, como es el caso el contrato de franquicia, el consumidor se encuentra con una red de posibles responsables, cuando en realidad ha contratado con sólo uno, que es el franquiciado.

El consumidor que compra en un negocio franquiciado no lo hace por esa situación, sino porque se siente atraído por lo que es en definitiva un concepto de consumo. El cliente que ingresa a un establecimiento de comidas, no sabe quién es el dueño del local comercial, sólo sabe que la marca le ofrece características de sabor, calidad, servicio y otras, que le agradan y logran atraerlo.

En el caso de una intoxicación por el consumo de un producto, por ejemplo, el cliente solo sabe que éste lo genera la determinada marca, ignorando que

detrás de esta situación se encierra una relación contractual de franquicia, con las implicaciones jurídicas que ello trae. En este punto se generan las siguientes hipótesis: ¿quién preparó el alimento?, ¿su responsabilidad es objetiva o subjetiva, contractual o extracontractual?.

En el anterior caso, el cliente ha sido afectado con un producto elaborado por el franquiciado. Según Farina¹³³ *“producto elaborado es toda cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso, haya intervenido la actividad humana, sin olvidar que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo como a su conservación, fraccionamiento o envase”*, y citando a Prado expresa que los productos así obtenidos pueden clasificarse en finales, cuando están destinados al consumo o al uso, o intermedios, cuando son adquiridos como materia prima para la elaboración de otros productos.

El proceso de producción de bienes elaborados puede sufrir de dos tipos de vicios: aparentes y ocultos, aunque la doctrina distingue la acción de responsabilidad por vicios ocultos o redhibitorios y la de productos elaborados, ya que en el primer caso se mira la cosa en sí misma, mientras

¹³³ Citado por CHERVIN DE KATZ, Martha. Op. Cit. Pág. 81.

que en el de productos elaborados se extiende a la violación de la obligación de seguridad, abarcando todo tipo de consecuencias dañosas, incluida la manipulación del producto. Otra diferencia es que la acción por violación en la elaboración de productos no da lugar a la opción de resolución contractual, lo que sí se da en la de vicios redhibitorios. La tercera diferencia es que la indemnización en el caso de vicios redhibitorios sólo se extiende a la reparación del daño sufrido en otros bienes cuando el comprador prueba el dolo o la culpa del vendedor, lo que es innecesario en el supuesto de responsabilidad emergente por los productos elaborados. La fundamental diferencia radica en que la responsabilidad en los casos de productos elaborados es la concentración del riesgo que da lugar a la teoría objetiva de la responsabilidad, ya que son daños en serie.

En el caso de la franquicia existirá una responsabilidad contractual, que es la derivada de la relación entre el consumidor y el vendedor, y una responsabilidad extracontractual por el hecho del fabricante. En el caso de responsabilidad extracontractual Alterini¹³⁴, citado por Farina, afirma que este supuesto se da cuando el consumidor final reclama indemnización a algún interviniente en el proceso de comercialización; o también cuando un intermediario pretende ser resarcido por quien no fue su proveedor inmediato, pero que intervino en la cadena de comercialización del producto

¹³⁴ Citado por CHERVIN DE KATZ, Martha. Op. Cit. Pág. 82.

nocivo; y por ultimo ejercitar la opción a que autoriza el artículo 1.107 del Código Civil argentino¹³⁵.

La responsabilidad extracontractual o Aquiliana es aquella que implica la obligación de reparar un daño causado a otra persona, sin que medie relación contractual entre ambos.

En nuestro ordenamiento está contemplada en el artículo 2.341, el cual dispone: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

Tiene un campo de aplicación más amplio que el de la contractual, pues comprende las demás fuentes de las obligaciones (delito, cuasidelito, la ley, etc.).

Dentro de la institución de la responsabilidad extracontractual se encuentran los siguientes tipos:

- La responsabilidad directa probando la culpa (artículo 2.341 C.C.C¹³⁶.),

¹³⁵ CÓDIGO CIVIL ARGENTINO, Artículo 1.107

- La responsabilidad por el hecho ajeno con culpa presunta (artículo 2.347 C.C.C.).
- La responsabilidad por las cosas y los animales, fieros o no (artículos 2.353 y 2.354 C.C.C.).
- La responsabilidad por la ruina de edificios y objetos que caen de ellos (artículos 2.350 y 2.355 C.C.C.).

En concordancia, la responsabilidad del fabricante se basaría en el artículo 2.341 del ordenamiento civil colombiano, que es el desarrollo de la *teoría del riesgo creado*¹³⁷. El fabricante se libera si prueba que el daño sufrido por el adquirente se debe a hechos que no le son imputables como: a) caso fortuito; b) culpa de la víctima; y c) hecho de un tercero por quien no debe responder. Si se parte del criterio de responsabilidad objetiva, el fabricante no se liberaría aun en el caso que demostrara que puso toda la diligencia en la elaboración y que no hay relación de causalidad entre el hecho productor del vicio y el daño.

¹³⁶ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.

¹³⁷ Basa esta teoría la obligación que una persona tiene de indemnizar los perjuicios causados por las cosas que están bajo su cuidado, en que toda actividad que crea para otras personas un riesgo hace a su autor responsable del daño que pueda causar, sin que sea necesario establecer si ha habido o no falta de su parte. Citado por VELÁSQUEZ POSADA Obdulio, Facultad de Derecho, Universidad de La Sabana “*Responsabilidad Civil Extracontractual*”. Pág. 143.

Es vital el artículo 2.344 del Código Civil Colombiano¹³⁸, el cual regula lo concerniente a la *Responsabilidad Solidaria*, salvo prueba en contrario del productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio, si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio.

En la Argentina se sentó un precedente sobre la responsabilidad solidaria de las partes de un contrato de franquicia. Fue la decisión de abril 15 de 1.993 de la Corte Suprema, donde se resolvió un problema de índole comercial expresando que *“el concedente en los contratos de agencia, distribución y franquicia comercial no es responsable solidario de las obligaciones laborales o previsionales de su contraparte, sea distribuidor, concesionario, o franquiciado en los términos del art. 30 de la ley 20.744”*.

De ocurrir una situación en la que se vea afectado el consumidor por el servicio o producto otorgado por un establecimiento perteneciente a la red franquiciaria, se ve que, en la mayoría de los casos, este no maneja el conocimiento necesario acerca del mundo de los negocios, particularmente del funcionamiento interno del contrato de franquicia, y enfrenta en primera medida a quien maneja el establecimiento que ofreció el servicio o dio el

¹³⁸ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, Artículo 2.344: *“Si un delito o culpa ha sido por dos o mas personas, cada una de ellas será solidaria responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito...”*

producto que le causo el daño, el cual debe asumir su responsabilidad. Aún así, es posible que la razón por la cual se prestó un servicio deficiente que conllevó el mencionado daño sea originada por una acción u omisión propia del franquiciante, caso en el cual el franquiciado, quien ha respondido frente al afectado, podrá exigirle por vía jurídica al franquiciante una indemnización originada por su participación en la culpa que generó el daño.

Sobre la responsabilidad frente a terceros, lo primero que se debe hacer es saber si el franquiciante puede ser considerado como responsable frente a un cliente del franquiciado, en caso de éste recibir un producto defectuoso o de ocurrir una negligencia en la prestación del servicio objeto de la franquicia. Al respecto, Marzorati señala que el franquiciado actúa en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, por lo que en principio él sería el único que debería responder en casos como estos, y el único caso en que el franquiciante debería responder por cualquier evento sería cuando el franquiciado ejerza contra él una acción de responsabilidad contractual por incumplimiento del acuerdo de voluntades.

Aún así, también se señala que esta afirmación no es absoluta, y por el contrario, el franquiciante participa en asuntos de responsabilidad frente a terceros porque el franquiciado actúa bajo su marca e insignias, ajusta sus actos a lo que éste le indica, y da al público los productos que él le surte o le

ha señalado como obtener. Lo anterior se sustenta en la idea que surge para el público en general de estar tratando con el franquiciante cuando está en un local decorado con el logo del mismo, o cuando es atendido por un empleado que tiene el uniforme que lo identifica como si trabajara para aquél, creando así la impresión general de creer estar tratando con el franquiciante y no con otra persona. Esta confusión es la que podría hacer que quepa algo de responsabilidad en este caso.

A nivel internacional, la carga de la responsabilidad frente a terceros varía según la respectiva normatividad de protección al consumidor. Se ha citado el caso de Alemania, donde un consumidor de algún producto o servicio que resulte afectado por este, solo tiene que demostrar que el daño ha ocurrido, dejando al fabricante la carga de la prueba sobre el origen del daño.

10.4.2. Publicidad engañosa. La publicidad engañosa, en los países que la tienen regulada, está contemplada en las leyes de defensa del consumidor y de la competencia. La Comunidad Económica Europea en directiva 450 de 1.984 de su Consejo General, regula la armonización de las legislaciones de cada estado miembro en esas materias, pero específicamente sobre la competencia establece:

“publicidad es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal, o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios incluidos los bienes inmuebles, derechos y obligaciones”.

La anterior normatividad, así mismo regula en su artículo 2.2 el concepto de publicidad engañosa al definirla como:

“aquella que de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que por estas razones perjudica o es capaz de perjudicar al competidor”.

En materia de publicidad engañosa, la normatividad comercial colombiana mediante la Ley 256 de 1.996, estableció los parámetros generales que en materia de “*Competencia Desleal*” deberán acatar todos y cada uno de los agentes intervinientes en el comercio. Es así, como en su artículo 1° (objeto de la ley) el legislador estableció que:

“Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal en beneficio de todos los que participen en el mercado y en concordancia de lo establecido en el numeral 1° del artículo 10 Bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1.994”.

En el caso de la franquicia, no es igual la situación dada por la publicidad para ofrecer el sistema a los potenciales franquiciados, que la generada por la publicidad dirigida a los consumidores.

En la mayoría de los casos los franquiciados no tienen experiencia en el negocio que se les ofrece, aunque son generalmente personas con algún grado de conocimiento e instrucción, por ello, habrá que ver hasta donde la publicidad que tenga como finalidad captarlos para la incorporación a la red es engañosa, caso en el cual el franquiciado podrá demandar la rescisión del contrato (en caso de haberse firmado) y una eventual indemnización de perjuicios.

Puede llegar a ser distinta la situación del consumidor, pero así mismo habrá que analizar en cada caso en concreto el mercado al cual se dirige.

En asuntos de responsabilidad extracontractual, muchas veces resultan como sujetos a demandar el franquiciante y el franquiciado por parte de un tercero que ha resultado afectado por alguna situación particular, con el fin de obtener resarcimiento del perjuicio por parte de alguna de los dos demandados. Así fue el caso de *Cislaw vs. Southland Corp.*, resuelto por el Tribunal de Apelaciones de California, donde la familia del fallecido Timothy Cislaw demandó a Southland Corp. y a 7-Eleven (una amplia cadena de

supermercados a nivel nacional), franquiciante y franquiciado respectivamente, por la muerte causada por una falla respiratoria atribuida a los cigarrillos que el fallecido adquiriría en el mencionado supermercado. Los demandantes aseguraban que el franquiciado era agente del franquiciante porque usaba su marca, y por consiguiente debía este último responder por la negligencia del supermercado al vender los cigarrillos que consumía el fallecido. El contrato de franquicia entre las dos partes señalaba que el franquiciado es un operador independiente y por ello le autorizaba a realizar actos como inventario, contratación de personal, y demás decisiones operativas de la franquicia. En este último punto se basó el Tribunal para fallar en contra de los demandantes, manifestando que la relación contractual no implica una agencia a menos que el franquiciante tenga el derecho a exigir control sustancial sobre las operaciones de su franquiciado, lo que en la práctica no ocurría por tratarse de un operador independiente.

La doctrina norteamericana ha creado la figura de la “agencia aparente”, bajo la cual se denomina a una agencia que surge cuando el franquiciante crea ante un tercero la apariencia que su franquiciado es su agente, cuando en realidad no existe agencia alguna. Un ejemplo de esta situación es el ocurrido cuando dos partes de un contrato de franquicia usan el mismo nombre y marca y no hacen ningún esfuerzo en comunicarle al público que son empresas diferentes.

En Norteamérica, cuando existe una agencia entre las partes de un contrato de franquicia, sea esta real o aparente, entonces el franquiciante será responsable de los actos y contratos de su franquiciado, como ocurrió en el caso de Holliday Inn vs. Shelburne, donde los principales protagonistas son la reconocida cadena hotelera y el hotel Hospitality Venture de Ft. Pierce, Florida¹³⁹.

10.4.3. Daños derivados por aspectos diferentes al objeto social de la franquicia. Hay eventos en los que se puede dar el caso en que se le cause un daño a un cliente de la cadena franquiciada sin que en este se encuentre envuelto el ejercicio del objeto social de la franquicia. Esto es generalmente producto de una situación accidental que, en principio, no es resultado de la acción u omisión del operador del establecimiento franquiciado.

¹³⁹ Aquí, Holliday Inn otorgó licencia a Hospitality Venture para operar su hotel en franquicia, dentro del cual se encontraba el bar Rodeo, donde habitualmente se presentaban varias peleas nocturnas. El Holliday Inn y el bar Rodeo no contaban con suficiente espacio para parqueadero de automóviles, por lo que guardias de seguridad del Inn, cuya labor principal era mantener el espacio de parqueadero disponible para sus huéspedes, pidieron a los administradores del bar que usaran para sus clientes los espacios ubicados alrededor del hotel, pero que no eran propiedad del mismo. En cierta ocasión, individuos que salían del bar hacia los espacios de parqueadero que habían usado alrededor del hotel entraron en una disputa que terminó con la muerte de una persona y heridas de arma de fuego en otras dos, lo que generó una demanda contra el franquiciante y el franquiciado.

El Tribunal halló responsable al franquiciado por su negligencia al no proveer suficiente seguridad en un lugar que presentaba altercados permanentemente, además, manifestó que Hospitality Venture era agente aparente de Holliday Inn, y por consiguiente esta última cadena debía responder también por los hechos. Uno de los demandantes recibió US\$3.825.000, mientras que las otras dos partes recibieron US\$1.000.000 cada una. Para el concepto del Tribunal, un franquiciado responde de sus actos y contrataciones por ser empresario independiente al franquiciante, pero este último entra a responder también de existir cualquier tipo de agencia, como en este caso ya que, a su criterio, Holliday Inn llevó al público, con el uso de la marca a pensar que sus franquicias eran parte de la cadena, pero en realidad eran de cada uno de los empresarios franquiciantes, por lo que entró a responder por una actuación en la que originalmente no tenía participación, como lo es la fatal consecuencia de una pelea entre clientes de un bar.

Ejemplos de lo anterior pueden ser la explosión de una freidora en una franquicia de alimentos causando lesiones a un cliente, el accidente que puede sufrir un particular cuando resbale en el piso mojado de un local de una cadena franquiciada, o el caso en que accidentalmente se surte gasolina tipo diesel en vez de corriente dañando así el motor del cliente de la estación de servicio.

En el caso de la freidora, esta falla en su funcionamiento causando lesiones a un cliente dentro del establecimiento, o a una persona que vaya pasando por el lugar en ese momento. En primera medida, se diría que la culpa recae sobre el franquiciado como operador del punto de venta, aunque esta puede desviarse a un tercero como el franquiciante por no haber realizado la inspección de calidad o las instrucciones de mantenimiento necesarias, o al proveedor de la máquina quien la suministró con algún defecto de fabricación, incluso la responsabilidad puede ser de ambos al mismo tiempo. Situaciones que el franquiciado debe probar ante el juez para librarse de su responsabilidad frente al particular afectado.

Al tratar el caso de quien resbala y sufre un daño por la limpieza que se le da al piso del establecimiento, se diría que la culpa recae sobre el franquiciado, aunque puede ocurrir que la limpieza del local sea realizada por una empresa dedicada a ello que ha sido contratada por el franquiciado, caso en el que la

responsabilidad se puede desviar a esta empresa por la acción u omisión en que incurrió.

Sobre el ejemplo del cambio en la gasolina que daña el motor de un automóvil, se establece que la culpa recae sobre el franquiciado porque quien cometió el error que produjo el daño es un empleado directo de este y por ello debe responder, sin que para ello se requiera la presencia del franquiciante en ningún momento, ya que la tutela que puede ejercer sobre el franquiciado no cubre el comportamiento de sus dependientes.

Sin embargo, pueden ocurrir un sinnúmero de situaciones en las que se vea perjudicado un cliente o un tercero en particular, teniendo como situación común el hecho que para el afectado, existe derecho de acción, entendiendo este como la facultad de instaurar acción judicial, contra el franquiciante o el franquiciado para el resarcimiento de un perjuicio. Contra el primero, porque el manejo que se le da a la marca es tan fuerte que el cliente puede considerar que el franquiciante es el único dueño de cada uno de los establecimientos de la red, además, el hecho que exista una franquicia es una situación, en principio, oculta para él. Por otra parte, también puede instaurar acción contra el franquiciado por ser la persona encargada de la administración del local comercial donde ocurrió el hecho que le causó un daño.

Una vez instaurada la acción, la parte demandada (que pueden ser ambos franquiciante y franquiciado) buscará las eventuales situaciones que le puedan exonerar de responsabilidad en todo o en parte, intentando incluso desviarla a otro sujeto para no realizar el pago de la indemnización, o por lo menos reducir su monto.

Es aquí, donde el juez, tras un análisis pormenorizado de las circunstancias que dieron origen al daño, condenará a uno u otro, a ambos, e inclusive, a un tercero, como por ejemplo distribuidores, proveedores, empresas de servicios temporales, etc.

10.5. RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

La doctrina norteamericana, ha establecido que debe dársele un manejo flexible a dicho contrato, sin embargo, es cardinal respetar algunos temas que permiten el correcto funcionamiento y la utilización de dicho instrumento.

En cuanto al control de las facultades discrecionales y responsabilidad del franquiciante, la legislación americana ha sido enfática en imputar la

responsabilidad contra el franquiciador por actos negligentes con resultado dañoso para el franquiciado mediante una acción de negligencia¹⁴⁰.

En esta definición doctrinaría se desprenden cuatro supuestos para que haya responsabilidad:

- Sujeto activo responsable objetivamente: El franquiciante.
- Sujeto pasivo: El franquiciado.
- Por actos negligentes: Conducta.
- Resultado dañoso: bajo un discernimiento lógico toda legislación en el mundo, aun desde el código del Rey Hammurabi, se ha establecido que, para que haya responsabilidad debe haber daño.

Claro está que, lo que ha intentado plantear la doctrina con esta definición, es que, el franquiciador será responsable objetivamente cuando se vea incurso en estos cuatro presupuestos. Se asemeja bastante a los requisitos exigidos por nuestra legislación para establecer la responsabilidad pues se exigen, el daño y la conducta, y se podría equiparar la culpa con los actos negligentes. En este entonces, estaríamos contrariándonos al afirmar que habría responsabilidad objetiva cuando se cumpliera con el presupuesto de incurrir en actos negligentes, asimilándolo a la culpa. Mas tenemos claro que,

¹⁴⁰ JOSEPH, R.T. *“Actin for Negligence Restatement of Torts”*. *“Do franchisor owe a duty of competence? En Business Lawyer”*. Vol. 46, 1.991 Pág. 471 y SS.

en la responsabilidad objetiva no existe la culpa, mas lo que pretendemos establecer es que, según la doctrina de los EE.UU., el franquiciador, como sujeto activo, es quien tiene la carga de la prueba, es quién tiene que entrar a demostrar su diligencia dentro de las operaciones a las que estaba obligado.

En relación a terceros, la acción por negligencia (act for negligence) en el common law es una protección a favor de estos contra riesgos no razonables o actos incipientes. Se entiende que, el franquiciador o el franquiciado responderán objetivamente por aquellos actos dañosos donde cualquier hombre razonablemente reconoce las formas con las cuales impedir o evitar el dañar a otro, haciendo relación a lo que en nuestro ordenamiento civil se denominaría obrar como un buen hombre de negocios, más la jurisprudencia, intensifica los estándares de diligencia para los profesionales, exigiendo así una diligencia máxima.

Finalmente, para definir la obligación general de diligencia que impida las pérdidas económicas no relacionadas con daños materiales, se ha dado cabida al *implied covenants* y los principios de buena fe y lealtad en el tráfico. Este acto, se utiliza para las franquicias con el objeto de imponer limitaciones sobre las facultades discrecionales de los contratantes, complementar las imprevisiones negociables y proteger la intención del suscriptor de un acuerdo contractual mercantil.

Por su parte, en el derecho francés, el incumplimiento de cualquiera de las partes de alguna de las cláusulas contractuales atribuibles a actuaciones u omisiones dolosas o culposas que paulatinamente originen un daño a cualquiera de las partes contratantes genera la responsabilidad sobre quien dio cabida a dicho incumplimiento.

Frente a terceros, sobre el daño que se produzca con ocasión de los productos propios de la franquicia, la responsabilidad se atribuye directamente a la parte que dio lugar a la acción dañosa pues debemos entender que las partes mantienen una independencia en sus actividades exigiéndole a cada cual una diligencia máxima en sus operaciones. Obviamente el franquiciante tiene la obligación de asistir al franquiciado, a este no se le atribuye la obligación de supervisar la totalidad de las operaciones otorgadas, pues resulta realmente ilógico el atarlo a dicho deber descuidando sus propios negocios y el propio manejo de su tiempo. Es así como cada parte responde por sus operaciones pero de comprobarse una inasistencia injustificada por parte del franquiciante, el tercero podrá demandar solidariamente.

Habrá responsabilidad cuando los productos estén defectuosos, cuando se efectúe en los consumidores un indebido uso de los mismos atribuible a

malos entendidos en los contenidos publicitarios, de promoción y de formación y por motivos circunstanciales aleatorios que deben ser analizados por la jurisprudencia.

El Convenio del Consejo de Europa celebrado el 27 de Enero de 1.977 aseveró que en el sistema de Franquicia habrá responsabilidad en la totalidad de la cadena de distribución es decir, que se compromete a todos aquellos que participan en el proceso de producción, transformación, publicidad y distribución de los bienes y servicios implícitos.

Bajo ningún fundamento, cabrá la posibilidad de reconocerle al franquiciado una indemnización, al momento de terminar el contrato, por concepto de la pérdida de la clientela, pues ésta fue adquirida en razón del reconocimiento de la marca del prestigio del producto o servicio y de las cualidades propias de las estrategias empresariales, por tanto, no cabría indemnización por daño emergente.

La información es el primer paso para que este negocio empiece sin riesgos. Según el IREFF (Institut de Recherche et de Formation de la Franchise), antes de firmar un contrato, el candidato ha de rodearse de asesores e informarse de los organismos de formación e información con el fin de

obtener un buen conocimiento de la Franquicia y sus realidades concretas, así como sí es innovador o no en su sector (Izquierdo, 1.990)

Para este fin el candidato podrá tomar contacto con los franquiciados ya instalados, para lo que el franquiciador deberá facilitar a petición de aquel una lista de otros franquiciados de la red¹⁴¹.

¹⁴¹ SOLE, M. L., y SUBIRA, E., (1.997) "*Franquicia e Internacionalización*", en Ponencias y Comunicaciones. XI Congreso Nacional, VII Congreso Hispano-Francés. Lleida: Universidad, Pág. 351 a 357.

11. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

La terminación del contrato de franquicia es un tema del mayor interés, pues a falta de regulación legal, el franquiciado puede quedar desprotegido como parte débil de ésta relación.

Dentro de las causas generales de terminación del contrato de franquicia, pueden nombrarse: el agotamiento natural del contrato, el vencimiento del término (artículo 1.551 del Código Civil Colombiano), la muerte o incapacidad de un contratante, la voluntad unilateral de una de las partes, el mutuo consentimiento, la quiebra de un contratante o la rescisión por incumplimiento.

La aplicación concreta de estas causas generales de terminación del contrato de franquicia suele estar pactada en el propio contrato. Las causas contractuales que se juzgan más importantes son:

11.1. PREAVISO DE ALGUNA DE LAS PARTES

Este preaviso suele estar pactado en el contrato con un plazo mínimo y alguna formalidad para hacerlo saber a la contraparte. Por ejemplo el franquiciante podrá dar por terminado el contrato mediante aviso por escrito dado al franquiciado en un plazo determinado. Este preaviso de terminación puede establecerse que solo operará dentro de un término posterior prefijado por las partes¹⁴².

En los principios de UNIDROIT se establece en materia de terminación de los contratos que “cualquiera de las partes podrá dar por terminado un contrato de tiempo indefinido, comunicándoselo a la otra con anticipación razonable” (artículo 5.8)¹⁴³.

¹⁴² EL PLAZO Y TERMINACIÓN EN FRANCIA.

Este puede o no establecerse dependiendo de la voluntad de las partes, mas, bajo el sistema continental francés, es menester entender que resulta jurídicamente inaceptable que las partes queden obligadas recíprocamente de forma externa.

La legislación francesa ha establecido que el contrato podrá darse por terminado una vez se haya cumplido el plazo. Esta terminación procederá de forma normal siempre y cuando las partes no hayan incumplido ninguna de las obligaciones substanciales que darían lugar a una indemnización de perjuicios. A esta forma de terminación ordinaria del contrato se le suma la posibilidad de terminar el contrato de mutuo acuerdo cuando las partes así lo convengan.

Para poder dar por terminado el contrato por incumplimiento debemos entender que éste se categoriza como grave y sustancial, pues cuando no lo es, únicamente da lugar a la indemnización o compensación por los perjuicios que cause la modificación o alteración del contrato.

En el régimen sucesoral y de obligaciones francés cabe la eventualidad de transferir los derechos y obligaciones de la franquicia a sus herederos.

¹⁴³ ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A., “El Contrato de Franquicia, definición y conflicto de las relaciones internas” *Editorial Mc Graw Hill*, 1.995. p. 437 y 438.

EL PLAZO Y LA TERMINACIÓN DE LA FRANQUICIA.

La regulación Norteamericana ha establecido ciertas condiciones para la terminación del contrato. Dentro de este ordenamiento se permite pactar términos, causales de resolución así como relaciones de pacto indefinido. Por su parte, la jurisprudencia proveniente de la interpretación del Uniform

Comercial Code (UCC, Código de Comercio de La Unión) obliga a aplicar analógicamente las normas de la venta y de agencia mercantil a los contratos de franquicia.

Indiscutiblemente el contrato de franquicia es de tracto sucesivo y por tanto, debe otorgársele un plazo determinado o de lo contrario dicho instrumento podrá ser rescindible en cualquier momento. Sin embargo, claro está, la rescisión debe gozar de un preaviso dentro de un tiempo razonable. Las cortes estatales y federales, estiman que en ausencia de plazo normado, el tiempo necesario para dar un preaviso de terminación unilateral donde se minimicen las pérdidas y poder liquidar conforme a derecho la relación contractual, se fija o determinara como prudencial de acuerdo al análisis de las circunstancias contemporáneas que rodean el momento de la terminación del mismo.

Es decir que, se permite terminar unilateralmente el contrato de franquicia cuando medie un preaviso, expresamente comunicado, con una antelación prudencial que servirá como elemento determinante de una eventual indemnización. Si el juez establece que el término dentro del cual, una de las partes le comunicó a la otra su voluntad de terminar unilateralmente el contrato, no otorgó el tiempo necesario para evitar los perjuicios derivados del mismo, procederá a dictaminar una indemnización, pues estos, dependiendo de las circunstancias individuales de cada negocio y empresario, pudieron haber sido evitados sí se hubiese obrado con diligencia y de buena fe.

“Willcox & Gibbs, sewing machine co. VS Ewing. 141 US 627, 637” que es probablemente según ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A. *“El Contrato de Franquicia, Definición y Conflicto de las Relaciones Internas”*, la primera sentencia referente a franquicias. Por su parte, el automobile dealer act, regula la terminación o no renovación injustificada de los contratos de franquicia. Limitando los periodos de contratación mínima directa o indirectamente. Dicho acto no prevé plazo alguno, pero establece un deber reforzado de actuar de buena fe y además, se da viabilidad de una acción indemnizatoria contra quien no actué de esta forma encajándose en el “Fairly and Equitable Manner Toward Each Other” (justo y equitativo comportamiento y relación de uno para con el otro). ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A., *“El Contrato de Franquicia, Definición y Conflicto de las Relaciones Internas”* Editorial Mc Graw Hill, 1995. p. 19.

El contrato de franquicia siempre lleva implícita la característica de ser intuitu personae. Por lo tanto, la muerte o incapacidad de la persona natural dará como causal lo que en nuestro sistema jurídico se conoce como rescisión del contrato.

Así como sucede en Hawaii, Michigan, Minnesota y New Jersey: Sentencia de la General Motors Corp. VS Gallo G.M.C. Truck Sales Inc. En conclusión, asumiendo la inmensidad de las manifestaciones legales en el sistema americano se podrían establecer condiciones para la celebración del contrato de franquicia.

Se impone la obligación de actuar de buena fe prohibiendo todo término contractual desleal, incierto o inequitativo. En especial en la oferta del negocio y en el análisis prudencial del preaviso de terminación unilateral. California encomienda el requisito de justa causa en el California Business & Professional Code 2002. Se debe dar un preaviso de 180 días en caso de terminación del contrato. Es decir, no pide circunstancias anexas, sólo impone un término.

En California, sólo la terminación por prácticas desleales da lugar a la indemnización. Debe existir una correlatividad en el obrar de justa forma o causa (Good Cause/ Reasonable Cause) para poder ejercer el derecho de terminación contractual. Se considera justa causa para la terminación unilateral del mismo, el fallo exento de culpa del franquiciado o del franquiciante en el cumplimiento sustancial de los requerimientos razonables del contrato y, en especial, en las causas que incluyen en insolvencia o lo que ellos conocen como quiebra. Considera también causales directas de responsabilidad el abandono voluntario del franquiciado, existencia de convicción de culpabilidad o allanamiento y actos que afecten la clientela general y el nombre comercial o la marca.

Ligado a este requisito, se suma también la obligación de otorgar un plazo de preaviso previo a la terminación de la relación o en la no renovación a la expiración del término pactado, obligándose en ocasiones, a dar una oportunidad razonable para enmendar los posibles defectos del franquiciado en el cumplimiento del contrato señalados como causa de la terminación.

11.2. TERMINACIÓN ANTICIPADA POR INCUMPLIMIENTO

En esta causal suele pactarse cuáles son las violaciones graves al contrato que dan lugar a la terminación anticipada para alguna de las partes.

Por ejemplo, el incumplimiento de ciertas obligaciones del franquiciado como no pagar la contraprestación periódica, no guardar el secreto de los conocimientos recibidos, no respetar la cláusula de exclusividad, abrir nuevos establecimientos sin aprobación previa y otros incumplimientos graves. En algunos casos, el no cumplimiento de estas obligaciones se pone como causal de terminación anticipada del contrato.

En el derecho mexicano, la resolución por incumplimiento se encuentra estipulada en el artículo 1.949 del Código Civil, que previene para los contratos bilaterales la posibilidad de resolverlos por incumplimiento de una de las partes. En este caso la parte perjudicada puede pedir el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato y, en ambos casos, el pago de daños y perjuicios. “La norma general de este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra

Se inadmite la posibilidad de rescindir el contrato o la no renovación, por causas no violatorias a obligaciones sustanciales. Es un tanto riesgoso proceder de esta forma ya que el juez en su recto discernimiento podría hacer a alguna de las partes responsable de una indemnización, así como se expresa en el siguiente punto: En caso de denegación de la renovación del contrato sin haber incurrido en causales de justa terminación del contrato, se obliga al franquiciado a una eventual indemnización por las pérdidas no amortizadas que se le cause a la contra parte.

debe promover el juicio ante la autoridad judicial competente”. Este es el llamado pacto comisorio tácito. Igualmente se permite prescindir de la intervención de la autoridad judicial, mediante la incorporación dentro del contrato del pacto comisorio expreso”.

Igual regulación ha sido incorporada en nuestra legislación positiva, donde se explica que todos los contratos bilaterales llevan envuelta la condición resolutoria tácita; *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios¹⁴⁴”*.

En la legislación positiva colombiana, el pacto comisorio tiene amplia aplicación y es reconocido judicialmente. Dicha estipulación se encuentra recogida dentro del título XXIII concerniente a la compraventa. (Artículos 1.935 y 1.937 del Código Civil Colombiano). Tanto el pacto comisorio tácito como expreso, regulan situaciones concernientes al no pago como una de las obligaciones a cumplir dentro del contrato. Sin embargo, tal situación no excluye la potestad con la que cuentan el franquiciante y el franquiciado para fijar una cláusula por medio de la cual se estipule que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato de franquicia, dé la

¹⁴⁴ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 1.546.

facultad de terminarlo unilateralmente por la parte cumplida sin necesidad de intervención judicial.

Como solución a un eventual conflicto entre el franquiciante y el franquiciado originado por cualquier incumplimiento contractual por parte del franquiciado, puede estipularse la necesidad de preaviso que deberá otorgar el franquiciante al franquiciado, haciéndole saber del incumplimiento. Si aún así, el franquiciado reitera su incumplimiento, el franquiciante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato. Lo anterior por efectos probatorios ante una eventual controversia.

Sobre el plazo mínimo de aviso concedido a favor del franquiciado para corregir su incumplimiento dentro del contrato y prevenir su terminación unilateral por parte del franquiciante, en Estados Unidos se dispone que los términos de corrección de la conducta deben oscilar entre 10 y 90 días.

11.3. LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA DEL FRANQUICIANTE O DEL FRANQUICIADO

A esta causal suelen agregarse otras que afectan la operación normal del franquiciado, como puede ser la huelga cuando se prolonga; el embargo de toda la negociación o de ciertos activos importantes, con posibilidad de

intervención en la administración por parte de la autoridad judicial; la expropiación; la suspensión de pagos.

11.4. LLEGADA DEL TÉRMINO DEL CONTRATO

Esta causal de terminación no requiere aviso o actos propios de las partes. Algunas veces con la llegada del plazo termina el contrato, salvo que las partes decidan continuar con el mismo, por periodos, o con un plazo igual al inicial, si se pacta la renovación automática, a menos que se dé aviso en contrario en un plazo y forma pactados anteriormente¹⁴⁵. A la llegada del plazo es conveniente que las partes determinen contractualmente algunos efectos posteriores como el no uso de la marca por el franquiciado, la mercancía producida y no vendida, etc.

¹⁴⁵ CAUSALES PARA LA NO RENOVACIÓN DEL CONTRATO

Son condiciones:

1. Dar un preaviso de 180 días.
2. Que las partes acuerden no renovar
3. El franquiciador debe dejar de distribuir sus productos o servicios.
4. El franquiciador y el franquiciado no pueden conseguir un acuerdo sobre los cambios o adiciones del contrato.

Las anteriores han sido dictaminadas como opciones seguras para facultarse de dicha propiedad, es decir, que la parte que decide no renovar el contrato, obraría de justa cause si se basa en alguna de las anteriores para omitir dicha celebración.

11.5. TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO

Siempre y cuando no se incurra en abuso del derecho en contra de una de las partes del contrato de franquicia, ambas pueden ponerse de acuerdo para dar por terminado el contrato. Teniendo en cuenta que la voluntad manifestada por ambas partes debe estar exenta de vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), en caso de presentarse alguno de ellos, entonces el acto que resulta de la expresión de la voluntad será nulo, y generará la correspondiente indemnización de perjuicios a la parte afectada.

11.6. MUERTE DEL FRANQUICIADO O DEL FRANQUICIANTE

Esta causal sólo se produce cuando el franquiciado es una persona física. Puede establecerse en el contrato que éste continúe vigente con los herederos o que se termine en un plazo razonable en el cual el franquiciante tiene derecho a readquirir la franquicia. También puede pactarse que los herederos pueden ceder el contrato de franquicia a un tercero a la muerte del franquiciado.

Una cláusula que establezca como causal de rescisión del convenio la muerte o incapacidad del operador de la franquicia parece válida,

particularmente si la terminación anticipada de la franquicia por tal causa es acompañada por algún método compensatorio adecuado.

En disposiciones del estado de California (EUA) se previene que a la muerte del franquiciado el concedente no negará al cónyuge supérstite o a los herederos la oportunidad de participar como propietario de la franquicia por un tiempo razonable, durante el cual deberán satisfacer los requisitos de un franquiciado o vender o traspasar la franquicia a una persona con las cualidades que exige el franquiciante para nuevos franquiciados.

Para la legislación Argentina¹⁴⁶, una cláusula que establezca como causal de rescisión o resolución la muerte o incapacidad del operador de la franquicia, tendría validez.

Teniendo en cuenta que el contrato de franquicia es in tuitu personae, la muerte del franquiciado también puede originar la terminación del contrato.

11.7. JUSTA CAUSA

En los contratos de formación y explotación de una negociación, las disposiciones de varios estados de la Unión Americana generalmente

¹⁴⁶ CHERVIN DE KATZ, Martha. Op. Cit. Pág. 72.

establecen que el franquiciante puede dar por terminado el contrato, o negar la prórroga, si hay una justa causa (good cause). El concepto de justa causa, buena causa, causa razonable, o simplemente causa, varía de una legislación estatal a otra. Muchas veces incluye que la justa causa es la violación o incumplimiento del franquiciado a los requerimientos o a las obligaciones del contrato de franquicia. Algunas normas determinan que el incumplimiento, para ser justa causa, debe ser, “sustancial”; otras aluden a causas específicas como: abandono del negocio por el franquiciado, cometer un delito, mal uso de la marca del franquiciante, quiebra y falta de pagos. En algunos casos judiciales se encuentran causas como: que el franquiciado no llegue a las cuotas o cifras de ventas razonables o fijadas por el franquiciante, que no sea rentable, falta de higiene en restaurantes, abuso de la clientela.

En Colombia, el artículo 64 del Código Civil, subrogado por la ley 95 de 1.890, en su artículo primero, explica que la fuerza mayor o caso fortuito es aquél imprevisto que no se puede resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, actos imputables a un funcionario público, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, de darse una terminación del contrato producida por asuntos imprevisibles o imposibles de resistir, no se presentará

entonces indemnización alguna, ya que la fuerza mayor o caso fortuito son causales de terminación justa contractual.

Para que la fuerza mayor como justa causal de terminación contractual se configure, es necesario que se den tres requisitos:

Irresistibilidad: Es una imposibilidad de resistir. El hecho debe ser insuperable, es decir, que cualquier persona sometida a las mismas condiciones no lo hubiera podido superar. Lo relevante en este punto es valorar que en las mismas circunstancias cualquier persona no pueda evitar el acaecimiento de la situación, puesto que, de presentarse el caso en que una sola persona sea capaz de eludir la situación, entonces no habrá configuración de caso fortuito.

Imprevisibilidad: El hecho no puede preverse, no se sabe cuando va a ocurrir.

Que el hecho no hubiere sido causado por el ofensor: Es decir, que el hecho que determina la justa finalización del contrato no haya sido ocasionado por ninguna de las partes del contrato original.

En la legislación alemana, se entiende que es justa causa de rescisión la culpa del distribuidor. Para los hermanos Mazeaud se entiende por culpa “un error de conducta que no hubiera cometido una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del daño¹⁴⁷” Varias legislaciones latinoamericanas definen justa causa como el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato o todo acto que afecte el interés de la otra parte.

La terminación del contrato de franquicia llevada a cabo por las partes del contrato es un tema que también ha sido tratado por la justicia norteamericana. Se ha creado una división, que tiene ciertas similitudes con su par nacional en el derecho laboral, entre terminación del contrato por justa causa (termination for cause), y sin justa causa (wrongful termination), entendiendo la primera como aquel resultado que trae el incumplimiento de las cláusulas contractuales, como la no realización de los pagos requeridos, el incumplimiento de los controles de calidad fijados, la reticencia a las revisiones periódicas, etc, aclarando que una incorrecta aplicación de una cláusula contractual no cabe dentro de este tipo de terminación del contrato, por lo que un error de interpretación no justificaría el fin del contrato.

¹⁴⁷ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, artículo 63: Se distinguen tres especies distintas de culpa: grave, leve y levísima. Culpa grave es la que consiste en “no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Equivale a dolo”. Culpa leve es la “falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”. Culpa levísima es aquella “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”.

Desde este punto de vista, es permitido hacer uso de la terminación por justa causa únicamente al franquiciante, dejando a un lado la posibilidad de hacer uso de este recurso al franquiciado en caso de presentarse un eventual incumplimiento por su contraparte, como lo sería la negligencia a comunicar decisiones tomadas por el franquiciante, la disminución del “good will” de la franquicia entre el público (con las respectivas consecuencias económicas que ello traería para el franquiciado), etc. Es evidente que con esta normatividad se brinda una mayor protección al franquiciante que a su contraparte, con lo que se le da mayor importancia a la empresa que al individuo particular, una clara posición capitalista que dentro de nuestro régimen podría entenderse como una violación al principio de igualdad entre las partes del contrato, pero que es apenas razonable en el tipo de sociedad en que se desarrolla.

Por su parte, la terminación contractual sin justa causa presenta una posición contraria a la anterior, ya que brinda al franquiciado la posibilidad de instaurar acción legal contra su franquiciante, por cuanto se asume que ha invertido tiempo, dinero y esfuerzo en desarrollar la reputación de un nombre comercial que ni siquiera le pertenece. Esta acción legal permite al franquiciado recibir dinero por concepto de perjuicios causados y además la restitución de la franquicia que ha perdido por la decisión de su contraparte.

La terminación contractual de la franquicia sin justa causa ha sido estudiada por la jurisprudencia norteamericana desde 1.855, cuando en el caso Hilton vs. Eckersley el juez Alderson la definió como el “privilegio de un comerciante en un país libre, siempre sin contrariar la ley, de regularse de acuerdo a su criterio y elección”.¹⁴⁸ Otras causales de terminación del contrato de franquicia, diferentes a las anteriormente expuestas, son las presentadas en los negocios relacionados con el petróleo y los automóviles. La primera de estas se regula por el Acta de Prácticas del Mercadeo de Petróleo (Petroleum Marketing Practices Act), redactada en 1979, que le da a las estaciones de gasolina importancia significativa dentro del negocio de franquicia ya que estas pertenecen a uno de los modelos más viejos de franquicia en Norteamérica. En esta acta, se regula la prohibición existente para los franquiciantes de compañías de gasolina de terminar estas franquicias sin una expresa justa causa. Por su parte, en el Acta de Vendedores de Automóviles (Automobile Dealers Day in Court Act), se expresa la misma prohibición para los franquiciantes de compañías fabricantes de automóviles que se presenta para los productores de gasolina.

¹⁴⁸ *“It is the privilege of a trader in a free country, in all matters not contrary to law, to regulate his own mode of carrying it on according to his own discretion and choice”.*

Con relación a los efectos de terminación del contrato, es necesario recordar en este punto que el contrato de franquicia es de carácter sucesivo, por lo que la rescisión por incumplimiento o la terminación anticipada produce efectos hacia el futuro y no en forma retroactiva como ocurre en los contratos de ejecución instantánea. Al respecto el artículo 1.458 del Código Civil italiano establece que: *“la resolución del contrato por incumplimiento tiene efectos retroactivos entre las partes, salvo en el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, con respecto los cuales el efecto de la resolución no se extiende a las prestaciones antes realizadas”*.

Algunos de los pactos que debe contener el contrato para los casos de terminación anticipada o cumplimiento del plazo son:

- La obligación del franquiciado de no usar la marca, removerla de todos los establecimientos, equipos e instalaciones. Esta obligación se extiende al uso del nombre comercial y de explotación de patentes.
- El franquiciado no puede seguir explotando la negociación del contrato, ni realizar negocios similares que puedan afectar al franquiciante, dando la impresión al público que es aún una persona autorizada por el franquiciante para explotar el negocio.

- Devolución del equipo, inventario de mercancías e información sobre el *Know How*, procedimientos de fabricación, venta o prestación de servicios materia de la franquicia. Conviene pactar a que precios debe el franquiciante pagar ese equipo, mercancía, instalaciones, información, etc.

Los efectos de la terminación o de la no renovación del contrato de franquicia, pueden ser perjudiciales para el franquiciado, por lo que es posible que se incluya a su favor una indemnización, ya que éste ha hecho esfuerzos suficientes para crear una red importante, con lo que se ha visto beneficiado el franquiciante. Aún así, desde un punto de vista puramente contractual no habría derecho a indemnización ya que ésta no ha sido estipulada en el contrato original. Por ejemplo en materia de concesión mercantil o distribución, la jurisprudencia francesa ha sostenido que la negativa a la renovación no significa un abuso del derecho del franquiciante, sino simplemente el ejercicio de una facultad suya, por lo que no habría lugar a indemnización alguna; por otro lado en ocho estados de los Estados Unidos se exige que el franquiciado reciba compensación por la terminación del contrato o su no renovación.

Según el tratadista Javier Arce Gargollo en su obra "*El Contrato de Franquicia*¹⁴⁹" establece que cuando el contrato de franquicia concluye por la llegada del plazo, el franquiciado no tiene derecho a que se le reconozca indemnización alguna, sin embargo, si la terminación ocurre antes de llegado el plazo original, habrá que determinar si media justa causa del franquiciante para la terminación anticipada. De no existir incumplimiento por parte del franquiciado, el franquiciante que da por terminado el contrato antes del plazo sin justa causa contractual o legal, debe una indemnización a su contraparte.

Sobre el punto anteriormente expuesto, debe mencionarse que en caso de ser adoptado por algún pronunciamiento judicial en Colombia, debería hacerse extensiva la obligación del pago de indemnización a ambas partes del contrato, sin que recaiga exclusivamente en el franquiciante, ya que una terminación anticipada sin justa causa comprobada por parte del franquiciado, conllevaría en un momento dado perjuicios para el franquiciante.

¹⁴⁹ ARCE GARGOLLO, Javier. Op. Cit. Pág. 73.

11.8. ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS DERIVADAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Las situaciones que deben ser tenidas en cuenta en caso de resolución o rescisión del contrato de franquicia son¹⁵⁰:

11.8.1. Aplicación de la cláusula de no competencia. El contrato no puede prever ninguna cláusula que impida a un antiguo franquiciado explotar en su fondo de comercio una actividad comercial cualquiera, a menos de no utilizar ni transmitir a un tercero el *Know How* original que recibió del franquiciante durante la ejecución del contrato.

Algunos autores entienden que una cláusula de no competencia es válida en principio, si se la limita en el tiempo, espacio y sector de actividad.

En caso que el franquiciado sea una persona jurídica, esta cláusula de no competencia se debe extender a socios, directores y gerentes de la misma.

Pero algunos autores atienden que una cláusula de no competencia a la expiración del contrato no sería aplicable si la resolución es causada por el franquiciante. Puede decirse entonces que una cláusula de no competencia

¹⁵⁰ CHERVIN DE KATZ, Martha. Op. Cit. Pág. 73 – 77.

es válida en principio, a condición que sea limitada en el tiempo, espacio y sector de actividad.

11.8.2. Devolución del stock. Cuando el contrato no prevé el destino que va a tener el mismo, cuando por rescisión anticipada o expiración del plazo, la relación contractual termina, se presenta el problema que el franquiciado se encuentra ante el inconveniente de tener mercaderías que responden a una marca, a la que ya es ajeno. La jurisprudencia extranjera ha considerado en este punto que el franquiciante no tiene obligación de hacerse cargo del *stock*, salvo que la terminación abrupta le sea imputable, en cuyo caso hay una obligación implícita. Las mercaderías sin vender son un riesgo aceptado por el franquiciado en razón de la naturaleza precaria del contrato.

La jurisprudencia italiana¹⁵¹ ha establecido que no hay obligación legal de naturaleza extracontractual por la cual el franquiciante deba recuperar o readquirir el stock. El remedio consiste en autorizar al franquiciado a vender dicha mercadería por un cierto periodo de tiempo o hasta que se acabe el stock: el franquiciado continúa usando la marca sólo para vender su stock en el mercado.

¹⁵¹ Pretura, di Roma, ordenanza, en "*Jurisprudencia Italiana*", diciembre, 1.985, Pág. 710, comentarios de A. Frignani.

Un fallo jurisprudencial interesante fue el italiano: “*Sociedad Standa c/ Sociedad Arcohaleno Market*” del año 1.982. En este caso el franquiciado incumple el compromiso de pago de los suministros. El franquiciante en función de la cláusula contractual pactada, rescinde el contrato y exige al franquiciado que cese inmediatamente en el uso de los elementos distintivos de la cadena Standa. En cuanto al problema del *stock*, se plantean dos posibles soluciones: a) que el franquiciante lo recompre en un plazo determinado; y b) que el franquiciado utilice los signos distintivos hasta la finalización del *stock*, por las dificultades que una solución contraria importaría.

Si existe culpa recíproca y si ambas partes demandan la resolución y una sola de ellas es culpable, el juez debe declarar resuelto el contrato e imponer al culpable el pago de los daños y perjuicios.

1.8.3 DESTINO DE LA CLIENTELA

Para resolver este aspecto se deberá tener en cuenta el caso concreto. Si la marca, y el éxito de la cadena están impuestos, el cliente cuando entra a comprar, no lo hace a un *franchising*, ni por la persona del franquiciado, sino que está consumiendo una marca o un éxito que en algún momento lo ha seducido. Por lo tanto es un cliente de esa marca o de ese éxito. Si, por el

contrario, cuando se inició en ese territorio esa cadena ésta no venía precedida de un renombre anterior, sea a nivel nacional o mundial y lo que influyó en el éxito del negocio fue la figura del franquiciado, o la impronta que éste le dio, la clientela es del franquiciado y tendrá derecho a que se le indemnice en caso de rescisión.

Se dice que una de las bases para que un empresario mantenga consigo su clientela y la favorable percepción de la misma sobre sus productos se logra por medio de la fortaleza que tenga su nombre, marcas registradas, enseñas, etc. Lo anterior justifica el hecho que grandes empresas gasten cantidades, que en principio pueden parecer bastante altas, en mercadeo y publicidad, y que la protección dada por el estado a las mismas sea considerable, gracias a entidades como la Oficina Federal de Patentes y Marcas Registradas (Federal Patent and Trademark Office) con sede en Washington D.C., o la Superintendencia de Industria y Comercio de Bogotá, donde el registro de marcas y patentes es pieza fundamental para el desarrollo del modelo contractual de la franquicia, protegiendo de esta manera a las partes del contrato. Aún así, es muy difícil lograr un registro sobre los secretos industriales, ya que estos no son más que ideas que han funcionado adecuadamente, haciendo del franquiciante un empresario exitoso, y del negocio objeto de la franquicia un asunto que presenta rentabilidad. En vista que no se puede hacer un registro sobre un secreto industrial, contrario a lo

ocurrido con las marcas y enseñas, se hace más difícil su protección, porque el indebido uso de estos secretos puede significar la quiebra para el acreedor, que de ocurrir, implicaría un caso de competencia desleal por parte del franquiciante, con las respectivas acciones para ejecutar.

En cuanto a la indemnización por la clientela, la primera pregunta que surge al respecto es cual será el destino de la clientela después de ocurrida la rescisión del contrato, es decir, a cual de las dos partes pertenece la clientela, ya que en una cadena de franquicia la clientela se divide entre el franquiciante, el franquiciado y los subfranquiciados en caso que estos existan. Por lo anterior no es fácil para cualquier tribunal determinar a favor del franquiciado una indemnización por concepto de pérdida de la clientela en los supuestos de rescisión sin culpa del franquiciado. Sobre la clientela debe manifestarse que quien compra un producto determinado o hace uso de cierto servicio no lo hace por el prestigio del franquiciado, que en la mayoría de las veces por así decirlo, no se conoce, sino por el prestigio del producto o servicio asociado a la marca, emblema, o insignia del franquiciante. Desde este punto de vista, considerar que el franquiciado tiene derecho sobre la clientela no parece equitativo, excepto en los casos en que la franquicia se trata de una marca desconocida que ha sido promovida y desarrollada de manera exitosa por mucho tiempo gracias a los esfuerzos del franquiciado, o cuando se ha recibido un aumento significativo de la clientela sobre el

promedio de crecimiento del franquiciante que ha sido directamente atribuible al franquiciado.

12. CESIÓN DE LA FRANQUICIA

El tema de la transferencia o cesión de la franquicia por parte del franquiciado, afecta en forma importante al franquiciante, pues éste “tiene interés legítimo en mantener la integridad de sus marcas y tener el mismo nivel de calidad que la compañía requiere.

La cesión del contrato es un negocio jurídico concluido entre las partes contratantes y un tercero, cuya finalidad es sustituir a una de ellas en la titularidad de la relación contractual, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva.

Hay dos conceptos que se distinguen en la cesión del contrato: en primera medida, el contrato básico del que derivan los derechos y obligaciones que serán materia de la cesión del contrato, y por otra parte, el negocio de cesión por medio del cual se produce la sustitución particular de un titular del contrato.

En nuestra legislación mercantil, se acepta plenamente, que un contrato bien sea bilateral o plurilateral, sea cedido a un tercero extraño a la relación contractual primogénita¹⁵².

El objeto de la cesión del contrato es la posición contractual del cedente en la relación comercial que guarda dentro del mismo. El término “cesión de contrato” ha sido criticado por un sector de la doctrina ya que la materia esencial de la cesión no es el contrato, sino “las relaciones derivadas del contrato” (artículo 1.406 del Código Civil Italiano).

En la jurisprudencia norteamericana se ha sentado precedente sobre el tema de la cesión del contrato de franquicia en el caso conocido como Carlock vs. Pillsbury Company, donde Haagen Dazs, la reconocida empresa de helados, suscribió en 1.978 varios contratos de franquicia con diferentes particulares franquiciados en el territorio norteamericano con una duración de cada uno de entre 5 a 12 años. En el año de 1.983, la compañía Pillsbury, dedicada a la comida internacional y ubicada en Minneapolis (estado de Minnesota), compró la compañía de helados y sus operaciones de franquicia, acordando

¹⁵² CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO, Artículo 887. *“En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad y/o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”.*

en esta compraventa que las franquicias anteriormente otorgadas serían parte de pago de la misma.

El problema para los franquiciados inició cuando Pillsbury decidió hacer uso de otros métodos de mercadeo y distribución del producto, maximizando las ventas a un punto tal que era fácil para el público obtenerlo en diferentes puntos de venta (supermercados, restaurantes) y no solo en las tiendas Haagen Dazs. A raíz de esta estrategia surgieron varias demandas por parte de los franquiciados contra la nueva dueña de la marca, ya que sus ventas disminuyeron considerablemente, obteniendo como resultado de las mismas una declaración de la corte distrital según la cual los términos de los contratos iniciales de franquicia no habían sido violados, ya que en ellos, el franquiciante se reservaba el derecho de distribuir el producto por cualquier forma de distribución a establecerse en el futuro, y no exclusivamente a través de las tiendas Haagen Dazs.

Desde el punto de vista de la corte, esta cláusula le daba a Pillsbury el derecho de distribuir el producto por medio de campañas masivas de mercadeo, aún cuando ello significara la disminución de las ventas de los franquiciados. Con el análisis del caso surge el interrogante de la mayor prevalencia que debe tener el desarrollo económico de un empresario, que de manera diligente y basándose en estrategias permitidas por la ley, busca

aumentar su riqueza aún a costa de la reducción de capital de otros empresarios que ocupaban su mercado antes que él.

En Colombia, el artículo 887 del Código de Comercio, explica que en todo contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva cualquiera de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de sus obligaciones derivadas de aquél, siempre y cuando la ley o estipulación contractual al respecto no la prohíba o limite.

Teniendo en cuenta que el contrato de franquicia es un contrato intuitu personae, se hace necesaria la aceptación del contratante cedido, es decir, del franquiciante.

13. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA

13.1. VENTAJAS

Económicamente, sostiene el Doctor Marcel Portmann, Presidente de La Asociación Internacional de Franquicias (IFA), contratado por el Ministerio de Economía del Salvador, y quien lidera el tema en las relaciones entre Estados Unidos y América Latina, que su auge se ha debido a los infinitos beneficios que dicho instrumento otorga a los empresarios. Dicho precursor en el tema de Franquicias en el sistema Anglosajón, manifestó ante el gobierno salvadoreño que, los países de América Latina debemos tener muy presente la favorabilidad y ventajas que trae implícito el manejo de las franquicias en nuestra actividad mercantil¹⁵³. Sobresalen entre ellas:

¹⁵³ www.franquiciadores.com Septiembre 23 de 2003.

- Permite una mayor capacidad de acaparamiento de clientela al manejar una marca internacionalmente reconocida, lo cual es más favorable a explotar una marca que representa un negocio aislado.
- Tanto los expertos como los comerciantes principiantes, cuentan a su favor con un gran socio que puede y debe asesorarle mercantilmente sobre toda la envergadura del negocio, incluyendo específicamente temas comerciales, de mercadeo, abastecimiento, administración, suministros y aún temas jurídicos.
- El negocio que se adquiere, ya ha demostrado su eficiencia en otro mercado (territorialmente hablando) pues de lo contrario, nadie o por lo menos ningún comerciante obrando con diligencia máxima lo adquiriría pues es notable que, este negocio ha tenido éxito, demostrable mediante uno de los medios más eficiente en el mundo de los negocios, la experiencia. Hay una estrategia de mercado que ya ha sido probada y que funciona, por lo tanto, se reduce el riesgo, sin garantizar una utilidad segura y continuada.
- Los medios por utilizar, también ya han demostrado su viabilidad, por lo tanto, el futuro franquiciado, tiene que realizar una investigación

sobre suministros, materia prima, equipos, y demás; pues éstos ya han sido probados dentro de la casa matriz o negocios originarios.

- La labor de mercadeo de la compañía no sólo es eficiente para sí misma sino que además, al sumar todos los negocios como unidad, se genera una campaña a mayor escala¹⁵⁴.
- El contrato de franquicia otorga una serie de ventajas para las partes contratantes. Dentro de las percibidas por el franquiciado se encuentran entre otras:
 - Desarrollo de un negocio propio, lo que implica que dependa de él las oportunidades de éxito que pueda tener.
 - Seguridad económica, ya que el negocio está basado en la explotación de una marca conocida desarrollando un método anteriormente experimentado y con demostrados resultados.
 - Desarrollo de un mercado que únicamente será explotado por él.

¹⁵⁴ www.negociosenelsalvador.com Septiembre 18 de 2003.

- El franquiciado no debe pagar el costo que le acarreen eventuales equivocaciones en el desarrollo del negocio, ya que aprovecha la experiencia, asistencia, investigaciones, y pagos favorables que efectúa el franquiciante.
- Reducido costo de inversión en comparación con los posibles dividendos que ello genere.
- Se hace acreedor inmediato de los beneficios que otorga el negocio originario.
- Se adhiere a una reconocida maquinaria empresarial que el público ya reconoce como confiable y exitosa.
- Utiliza una marca de notoriedad pública.
- Recibe los conocimientos de cómo utilizar las estrategias fundamentales de la empresa para lograr un negocio exitoso. Estrategias ya comprobadas.

- Se unifica a un trabajo de esfuerzo conjunto entre el franquiciante y los franquiciados.
- Obtiene asistencia técnica permanente en todos los campos del negocio.

Además, con el desarrollo del contrato se generan ciertos beneficios para el franquiciante:

- Difunde su marca y le da cada vez más prestigio en el mercado.
- Recibe un pago por concepto de la difusión anteriormente mencionada.
- Logra ingresar a nuevos mercados sin arriesgar capital propio.
- Reduce o elimina costos administrativos.
- Mejora su penetración en el mercado al usar la franquicia en vez de la comercialización individual.

- Logra agilidad y rapidez en la expansión. El sistema de franquicias le permite al empresario que las otorga (franquiciante), trasladar al franquiciario la responsabilidad de aportar el capital y la fuerza laboral necesaria para la instalación y operación de cada nuevo punto de venta. Con ello el franquiciante amplía la "cobertura" o penetración de su producto o servicio en uno o más territorios en una forma ágil.
- De ésta forma ocurrió el increíble crecimiento y expansión de McDonald's o Holiday Inn a nivel mundial.
- Fortalecimiento de la marca. Requisito para el desarrollo de una franquicia es precisamente que la marca o el nombre comercial que la distinguen, sea sólida y que su penetración dentro de un territorio se haya realizado en forma plena, es decir, sino existe una marca o nombre comercial es imposible concebir una franquicia.
- No por el hecho que se este hablando ante una "cadena" de tiendas o restaurantes podemos hablar de una franquicia. Es más, no porque exista una cadena podemos suponer que su dueño pueda otorgarle a un tercero una franquicia, ya que si la cadena de restaurantes no

posee posicionamiento en el mercado y reconocimiento, no se podrá dar tal hecho.

- Se disminuyen los gastos publicitarios y se obtiene mayor difusión. Hay que recordar lo desproporcionado que suelen ser los gastos publicitarios en medios masivos como la televisión, la radio, y la prensa. Inclusive otros medios a nuestro alcance, como el correo directo y el Telemarketing, que ofrecen mucho más enfoque y configuración en el mensaje, se encarecen un poco al considerar la elaboración de directorios, impresión de material y la generación de scripts.
- La comunicación con los mercados es necesaria para educar al consumidor, hablarle de los beneficios del producto y finalmente, motivarlo para que visite el negocio. La única forma de poder absorber gastos de esta naturaleza es en equipo, repartiendo la carga y además, justificando más los esfuerzos dentro de un territorio lo cual generará mayores economías de escala.

13.2. DESVENTAJAS

Para el franquiciante se resumen en las siguientes:

- Reducción de independencia. El sistema de franquicia modifica significativamente la forma en que el nuevo franquiciante vea su nuevo negocio. Un empresario que este dispuesto a franquiciar su negocio debe saber que, con ello, va a verse en la necesidad de compartir entre otras cosas, sus marcas, experiencias, conocimientos y en general su propia empresa con terceros.
- El franquiciante tendrá que analizar el efecto que sus decisiones tendrán en sus actuales y futuros franquiciatarios. Los proyectos y decisiones del franquiciante tendrán que tomar en cuenta el futuro y el éxito de sus franquiciatarios.
- Se trata de una relación a largo plazo, cuya única salida legal es la llegada del término del contrato, cualquier otra causal de terminación del contrato –analizadas previamente-, o la recompra de la franquicia generalmente involucra un alto precio.

- Reducción de control sobre las unidades o negocios franquiciados.
Uno de los elementos de la franquicia es que la empresa puede desarrollarse y crecer dentro de un mercado sin que el franquiciante tenga injerencia o participación directa y diaria en la operación del negocio franquiciado.
- En algunos contratos de franquicias se incluyen las recomendaciones de precios de selección, proveedores y el seguimiento de campañas promocionales. La autoridad del franquiciante se ve reducida a una serie de recomendaciones, lo que en algunas industrias y negocios puede representar una fuerte desventaja, en otros casos esa flexibilidad opera benéficamente, ya que dichas decisiones se toman en el campo con mayor conocimiento del mercado y de las condiciones que lo rigen, en todo caso, como es obvio, no puede pretender franquiciante alguno tener un control absoluto de la operación de los franquiciatarios.

Para el franquiciado:

- Los derechos que el franquiciante cobra por el uso del nombre de la empresa, los precios cobrados por las provisiones y otros gastos

pueden ser muy altos para una localidad particular. De tal manera que se puede incurrir en pérdidas o bajos márgenes de ganancias para el minorista.

- Debido a que el franquiciado debe seguir los patrones del franquiciante, pierde algo de su independencia.
- Los procedimientos son estandarizados y los franquiciados no tienen mucha posibilidad de utilizar ideas propias.
- Es difícil y costoso cancelar un convenio de franquicia sin contar con el acuerdo del franquiciante.
- Puede crearse una incertidumbre en la duración del contrato.
- Limitación en el ejercicio de la toma de decisiones y en la obtención de mayores utilidades porcentuales.
- Tener que acatar las supervisiones constantes.
- No tendrá nunca por esta vía la propiedad de la marca.

14. CONCLUSIONES

Es trascendental, más allá de un análisis jurídico, reconocer que múltiples franquicias de origen latinoamericano están asentándose de forma exitosa sobre el territorio estadounidense, beneficiándose de la excelente economía de dicho país, debido a la apertura de nuestros mercados, la emigración provocada por los problemas internos de nuestros países y la popularidad de nuestros productos en la comunidad latina de dicho país.

Según la consultora española Tormo & Asociados, el mercado latinoamericano de franquicias generó negocios por más de \$US30 millones en el 2.001, aumentó el 10% en el 2.002 y se espera un crecimiento del 12% para el presente año¹⁵⁵.

La población latinoamericana reconoce las marcas y productos propios de sus países de origen, creando un sentimiento nostálgico que los hace

¹⁵⁵ www.aarp.org/español. Julio 28 de 2.003.

preferencialmente apetecibles. Muchos de estos son productos tradicionales ofrecidos por empresas de amplia trayectoria que imprimen confianza y credibilidad en dicha población, según la revista *Latín Trade*, Edición de Marzo de 2.001, donde, tanto los inversionistas como los consumidores latinoamericanos prefieren las marcas nacionales conocidas antes que titánicas marcas extranjeras.

El éxito de las franquicias estadounidenses, al igual que sus políticas internacionales, radica en la adecuación cultural y el conocimiento del sector mercantil al cual se destinan sus productos o servicios. Tal y como McDonald's o Pizza Hut lo realizaron al exportar al mundo la cultura norteamericana de la comida rápida. De esta forma los países adquieren formas de vida diferentes a las tradicionales que les implica la generación de nuevas necesidades que deben ser suplidas, y es en este instante donde las franquicias norteamericanas entran a satisfacerlas abriéndose mercados en territorios extranjeros.

En territorio norteamericano, un acuerdo de franquicia inadecuadamente estructurado puede generar obligaciones o sanciones a cargo del franquiciante impuestas por las leyes de relación de franquicia estatales, la "Little FTC", las antitrust laws, trademark laws, etc., Además, un inadecuado o pobre bosquejo del FOC o FTC disclosure statement puede causarle una

multa civil, a cargo del franquiciante, bajo la Federal Trade Commission, de US \$10,000 por día de violación de los actos contemplados en el "Little FTC".

Dichas violaciones también pueden dar el derecho a los franquiciados para rescindir la transacción y demandar por daños y perjuicios que incluyen las cuotas de sus abogados y costas. Es sumamente importante tener la documentación apropiada para lograr el acuerdo.

Por otra parte, los avances mercantiles no pueden salirse del ámbito jurídico, los cambios evolutivos de las técnicas de colaboración comercial no pueden desvirtuar constantemente las regulaciones internacionales que de ella se realicen, es decir, cada acuerdo o contrato atípico no implica que se venga abajo todo el esfuerzo de los juristas en su intento de dar un orden a las relaciones humanas, por el contrario habría que dictaminar principios basados en una generalidad, de condición amplia y flexible, para que perdure la idea marco y no basarnos en meros tecnicismos que sean debatidos durante meses por las altas cortes o tribunales internacionales para que, paulatinamente, una compañía lo desvirtúe, evolucione o derogue con nuevas formas para realizar sus transacciones.

Debemos tener presente que los contratos atípicos no nacieron para dificultar el ámbito jurídico, por el contrario, estos métodos deben evolucionar en una

nueva Lex Mercatoria y en los usos de costumbres comerciales propias de esta era digital.

El sistema jurídico norteamericano, al igual que el internacional, se encuentra frente al reto de la generación y regulación de estos nuevos usos mercantiles, lo que reafirma, sostiene y mantiene el carácter dinámico y la tendencia global del Derecho Comercial, dando a los juristas la responsabilidad de buscar el ordenamiento de una nueva dimensión del Derecho a partir de postulados genéricos. Con ello se procura una cobertura total de las relaciones jurídicas en búsqueda de la mayor cantidad de respuestas posibles, ya que el uso de estas nuevas formas de comerciar obliga a los juristas a actualizarse día a día en el entendimiento y manejo de la nueva Lex Mercatoria, del Derecho Internacional Privado y, en particular, de las regulaciones sobre franquicias.

Para poder seguir encaminando correctamente la utilización del contrato de franquicia internacional, se debe entender, en primera medida, su origen, características esenciales, proceso evolutivo y los fenómenos que ha revolucionado para saber hacia donde va y hasta donde podrá llegar alterando las relaciones jurídicas, sociales y comerciales, satisfaciendo nuevas necesidades en mercados que algunas empresas y/o comerciantes nunca llegaron a imaginar o concebir dentro de sus finanzas y operaciones.

No existe en los Estados Unidos de América, el Derecho Francés, y en general la normatividad internacional, una regulación completa y detallada del contrato de franquicia, lo cual delega a las partes contratantes la facultad de determinar su contenido, obviamente cumpliendo las exigencias del mercado sin desconocer el encaminamiento a la satisfacción de sus propios intereses, donde los empresarios deben jugar bajo el principio de colaboración comercial continuada, acatando el pilar de la mutua confianza entre las partes y el esfuerzo en la ejecución del negocio.

En la comunidad mercantil internacional, la franquicia es utilizada como un instrumento a través del cual, empresas con conocimientos de mercadeo, imagen y demás relacionados, que ha demostrado previamente su efectividad, aplican en nuevos mercados para expandir su negocio cuando carecen de capital suficiente para hacer inversiones directas, para aprovechar potencial local, o cualquier otro motivo.

Por medio de este instrumento, se le permite al franquiciante compartir su negocio con una persona solvente moral y materialmente para afrontar el tipo de inversión y gasto inicial que se trate. El franquiciado debe cumplir el perfil de un empresario honrado, capaz y con ganas de crecer a riesgo de inversión propia, sin requerirse, habitualmente, previo conocimiento del

negocio del contrato. El beneficiario de la franquicia debe operar personalmente el local o por lo menos ejerciendo un control indelegable y activo sobre el mismo, porque en estos contratos las condiciones personales de los contratantes constituyen un motivo esencial para la celebración del acto.

Por su parte al franquiciado, le surgen nuevas expectativas sobre sus co-contratantes, buscando que el titular de la marca conozca bien su negocio, lo haya operado durante el tiempo suficiente para experimentarlo, puliendo errores y desarrollando técnicas y estrategias del mercado apropiadas (el *Know How*). Confía que las estadísticas sobre rentabilidad, amortización de inversión, gastos e ingresos presuntos sean reales y no hayan sido dibujados para aparentar una falsa expectativa comercial.

Espera ser correctamente capacitado, contar con un buen asesoramiento en forma constante, un buen manejo de imagen de marca, calidad de producción, mejoramiento y desarrollo de la red.

Cada una de las expectativas de los contratantes debería tener su debida expresión en el contrato. Además este acuerdo debería prever las consecuencias para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los contratantes, entre otras, un equilibrado sistema de constitución en mora, un régimen de penalidades acorde a la gravedad de las faltas que contemple

con justicia las situaciones que pudieran presentarse permitiendo, cuando resulte posible, subsanar eventuales incumplimientos atendiendo siempre a los principios de buena fe y subsistencia del contrato.

Sin embargo, una vez entendido cual es la intención de las partes al celebrar este negocio jurídico, debemos entender que muchos han sido los intentos para darle algún tipo de regulación general a dicho contrato atípico, pero la realidad refleja que estos han sido ineficaces ante la ausencia de un sometimiento a las leyes nacionales, a la soberanía legislativa de cada país debido a la ruptura que ha generado la relativamente fácil comercialización entre empresas de diferentes nacionalidades. Lo anterior lo piensan algunos doctrinarios que insisten en apearse al derecho romano y en consecuencia, a la imposición de formalismos para la Lex Mercatoria.

La normatividad económica debe avanzar en aras de la expedición de un Derecho universal que no se detenga o limite ante la soberanía de las naciones, no legislado ni sujeto a territorialidades que asfixie y limite el desarrollo de las relaciones económicas, como lo expuso el Doctor Fernando Londoño¹⁵⁶, donde los criterios más adecuados, para la interpretación, formación y ejecución de todo contrato en general y en especial al contrato estudiado en estas páginas, son los postulados base de la UNIDROIT

¹⁵⁶ LONDOÑO, Fernando. “Código de Comercio 30 años Después”, Club el Nogal, Bogotá (Colombia) Pág. 39 y 40.

(Instituto para Unificación del Derecho Privado Internacional) y los postulados universales contractuales dictaminados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - UNCITRAL- y la Unión Europea.

Aunque los principios de UNIDROIT no representan ley para las partes, ni tienen efecto vinculante, por lo que no modifican ni derogan ningún tipo de ley imperativa ya sea nacional, internacional o supranacional¹⁵⁷, deben ser acogidos como criterios fundamentales al momento de postularse como parte en la celebración del contrato u oferente de un servicio o transacción franquiciaria.

Se trata de crear una cultura, de adoptar el espíritu de la creación de los principios de UNIDROIT para que, bajo el entendimiento de sus postulados generales, se comprendan los usos del tráfico y la costumbre mercantil, donde los actos deben estar dotados de buena fe y lealtad negocial, comprendiendo el espíritu de los principios rectores básicos del comercio aplicados a su evolución y desarrollo máximo, ya sea para intervenir como parte, como asesor o para ser acogidos por los tribunales de arbitramento como fuente doctrinal para dar solución a los conflictos que se susciten en el

¹⁵⁷ OVIEDO ALBÁN, Jorge. *“Los Principios de UNIDROIT para los Contratos Mercantiles Internacionales”*, en Revista Universitas, número 100, Diciembre de 2.000.

mismo. Por otro lado, su ámbito de aplicación es bastante amplio, pues estos no sólo se incluyen en operaciones mercantiles para el intercambio de mercaderías o servicios sino también para otros tipos de operaciones financieras como las de inversión, otorgamiento de concesiones, contratos de prestación de servicios, etc.

UNIDROIT ha recogido la costumbre mercantil moderna respetando el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, dando flexibilidad a la evolución del derecho comercial. Evolución que está impresa en su naturaleza como lo ha demostrado a través de la historia, es por esto que, al estar a puertas de la era digital en el concepto del derecho comercial, es fundamental buscar apoyo en las últimas regulaciones del derecho internacional, aunque esto no implica a UNIDROIT como única fuente. Sus postulados serían utilizados para darle a los iniciados en el tema la conciencia de remitirse a los contemporáneos acontecimientos en el ámbito mundial, teniendo presente una observación detalla y contemplativa de la realidad comercial. Darle también un efecto vinculante a las organizaciones y convenciones internacionales (aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa de Mercaderías Internacional, 1980), a los actos legislativos supranacionales, a la OMC (Organización Mundial de Comercio), a la CCI (Cámara de Comercio Internacional, principal tribunal de arbitramento a nivel mundial), donde estos puedan brindar el punto de partida para hacerle frente

a este y otros nuevos retos jurídicos que, en el caso concreto de Colombia, le ha llevado la delantera a los legisladores.

Se deben crear principios que reflejen conceptos acogidos en numerosos sistemas legales de carácter nacional y, en muchos casos, sean útiles para la resolución de conflictos internacionales. Estos principios estarían destinados a ofrecer un sistema de reglas especiales concebidas en función de las nuevas exigencias de los contratos atípicos, ellos dotarían de flexibilidad al derecho para poder cobijar y regular las relaciones empresariales, podrían brindar una mayor seguridad en las transacciones comerciales y las obligaciones que de allí se susciten, velar por la equidad entre las compañías, protegiendo la parte débil de la relación contractual cuando se vean envueltas dentro de ellas. Reglas destinadas a ser utilizadas y aplicadas universalmente por los diferentes sujetos, independientemente de los tecnicismos tradicionales sometidos a condiciones comerciales estáticas y pretéritas en contraposición de la dinámica naturaleza comercial.

A nivel global se hace sentir plenamente la ausencia de una unanimidad en el manejo del contrato de franquicia, puesto que el derecho ha sufrido una grave incursión en sus principios fundamentales y tradicionales. El tráfico generado por las acciones franquiciarias a nivel internacional ha generado la necesidad de elaborar un derecho uniforme que se convierta en un régimen

propio a dichas transacciones con el objeto de brindar a los acudientes reglas básicas claras que otorguen seguridad y confiabilidad en el desarrollo de sus negocios para explotar este instrumento y hacerlo evolucionar.

BIBLIOGRAFÍA

PRINCIPALES CITAS DOCTRINARIAS CONSULTADAS:

- **ALTURO GARCIA, Sandra. GALINDO VANEGAS, Rubén. TORRENTE BAYONA, Cesar.** Cámara de Comercio de Bogotá. *“Franquicias: Un Estudio Legal y Contractual”*. 1.995.

- **ANAYA, J.L.,** *“Los Grupos de Interés Económico del Derecho Francés como Modelo Legislativo”*. Editorial De Palma. Buenos Aires 1.972.

- **BESCON TORRES, Modesto.** *“La Franquicia Internacional”*. Extecom, Madrid, 1.989.

- **BURST, J. N., - KOVARE, R.** *“Droit de la Concurrence.”* Collection du Droit Economique. Paris. 1.991.

- **CASA, Francisco – CASOBO, Manuel.** *“La Franquicia”*. Editorial Gestión 2.000, Barcelona.

- **COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO.** Estados Unidos de América. *“Regalías y Guías de Oportunidades de Franquicias y Negocios”* Washington D.C., 1.988.

- **CHARRIS IBARRA, Sandra Paola.** Trabajo de Grado. *“El Daño en los Estados Unidos de América”*. Dir. Alejandro Vélez Múnera. Universidad Sergio Arboleda. 2.000.

- **CHERVIN de KATZ, Martha.** *“Que es el Franchising?”*. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1.995.

- **ECHEBARRIA SAENZ, Joseba A.** *“El Contrato de Franquicia, Definición y Conflicto de las Relaciones Internas”*. Editorial Mc Graw Hill, 1.995.

- **ESCUADERO, Sergio.** *“Contratos de Franquicias en los Restos de Propiedad Industrial en el Siglo XXI”*. I Congreso Latinoamericano

sobre Protección Industrial – INDECOPI- OMPI. Lima, noviembre de 1.996.

- **FEDERAL TRADE COMISIÓN** (Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América). *“Regalías y Guías de Oportunidades de Franquicias y Negocios”*. Washington D.C., 1.988.

- **FRANCES, Benedito**. *“Los Contratos Mercantiles Ante el Derecho Europeo”*. Editorial. 1.987.

- **GUYËNOT**. *“Que es el Franchising?”* Voillemot, Franchising in France en Journal of the Section on Business Law of the International BAR Association. International Business Lawyer, Marzo de 1.988.

- **HINESTROSA, Fernando**. *“La Agencia Comercial y Figuras Afines”*. Escritos varios. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1.995.

- **JOSEPH, R.T.** *“Actin for Negligence Restatement of Torts. Does Franchisor Owe a Duty of Competence?”* en Business Lawyer Vol. 46, 1.991 Pág. 471 Y ss.

- **KARP, Allen.** *“The Business Franchise Contract, a Legal Analysis of Franchising Today”*, en *“Panel Problems in the Law of Contract”*. 1.981.

- **KATZ, Martha Chervin.** *“Que es el Franchising?”*. www.pj.gov.py/web/biblioteca/fivhero_cd.html. Septiembre 19 de 2.003.

- **KESLER, Friedrich.** *“Vertical Integration Through Contract”*, en *Yale Law Journal*. Vol. 66, julio de 1.957.

- **KLEIDERMACHER, Jaime.** *“Franchising, Aspectos Económicos y Jurídicos”*. 1.995. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina.

- **LE PERA, Sergio.** *“Cuestiones de Derecho Comercial Moderno”*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1.974.

- **LONDOÑO, Fernando.** *“Seminario Código de Comercio 30 años Después”*, Club el Nogal, Bogotá. 2.001.

- **MARZORATI, Oswaldo.** *“Sistemas de Distribución Comercial”*. 2da edición. Editorial Astura. 1.995.

- **MONOVIL, Rafael – RAGAZZI, Guillermo – ZALDIVAR, Enrique,** *“Contratos de Colaboración Empresarial”*. Editorial Abeledo - Perrot. Buenos Aires, Argentina.

- **NARVÁEZ GARCÍA., José Ignacio.** *“Obligaciones y contratos mercantiles”*. 5ta edición. Editorial Temis, Bogotá.

- **OVIEDO ALBÁN, Jorge.** *“Los Principios de UNIDROIT para los Contratos Mercantiles Internacionales”*, en Revista Universitas, número 100, Diciembre de 2.000.

- **NATÁN Elkin; NATÁN Rubén.** *“Colaboración empresarial”*. REGISTRO DE COMERCIO DE PARIS 3.114 G.I.E., APG 154. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1.984.

- **RIPERT, George.** *“Tratado Elemental de Derecho Comercial”*. Tomo I. Editorial. TEA. Buenos Aires. 1.954.

- **RUIZ PERIS, Juan.** *“El Contrato de Franquicia y las Nuevas Normas de Defensa de la Competencia”*.

- **SOLE, M. L., y SUBIRA, E.,** (1.997) *“Franquicia e Internacionalización”*, en Ponencias y Comunicaciones. XI Congreso Nacional, VII Congreso Hispano-Francés. Universidad de Lleida. Pág. 351 a 357.

- **TOBIO RIBAS, Ana María.** *“El Contrato de Franquicia en el Derecho Comunitario de la Competencia”*, en Actas de Derecho Industrial, Vol. 7. Madrid – España, 1.981.

- **TOSTON, JC.** *“Estudio de las franquicias”*, en *Nouvells Techniquis Contractuelles. Know How, Franchising, Engineering and Leasing* Montpellier. 1.970.

- **ULMER – P; Beir.** *“La Repression de la Concurrence dé Lojale dan les Etates Membres de la Communanté Economique Europeene”* T. I. Toulouse, 1.967.

- **VANEGAS SANTORO, Antonio**, *“El Contrato de Franquicia”*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1.999.
- **ZALDIVAR, ENRIQUE**. *“Contratos de Colaboración Empresarial”*. Editorial Machi. Buenos Aires, Argentina. 1.973.

CITAS LEGALES:

- Código Civil Colombiano.
- Código de Comercio Colombiano.
- Código Civil Argentino.
- Código Deontológico de la Franquicia (Francia).

PRINCIPALES CITAS JURISPRUDENCIALES CONSULTADAS:

- **TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**. Sentencia 20 de enero de 1.986.
- **CORTE SUPERIOR DE ARIZONA. USA. INC. V. MERYL R. ROBERTSON**, condado de Maricopa, cv 95-13687 de octubre 30 de 1.996.

PRINCIPALES PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

- Australian Legal Information Institute. www.austlii.edu.au
www.austlii.edu.au/databases.html.
- **DE JUAN VIGARAY, María Dolores; VALERO ALARCÓN, Antonio; GÓMEZ JUAN María Aurora.** Universidad de Alicante.
<http://www.conferco.es/franquic/franpas1.htm>
- **KANOUSE, Keith.** *“The Role of an Attorney in Purchasing a Franchise”*, 1.997. www.kanouse.com
- **PATIÑO, Francisco Javier.** *“La Franquicia en la práctica”*
<http://www.guiaburzaco.com.ar/FRANCHISING.htm>.
- www.Aarp.org/español. Octubre de 2.003.
- <http://www.asesaragon.org/empresas/franquicias.htm#legal>.
Septiembre de 2.003.

- www.Franquiciadores.com. Noviembre de 2.003.
- www.legalis.net/legalnet/legalnet (información sobre jurisprudencia en Francia). Marzo 14 de 2.004.
- http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/textcom.htm. Octubre de 2.003.
- www.negociosenelsalvador.com. Enero de 2.004.