

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

**SISTEMA DE CONTRATACIÓN ATÍPICA ANTE EL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO TLC CON LA REPÚBLICA DE COREA DEL SUR FRENTE AL
CONTRATO DE FRANQUICIA**

LORENA PATRICIA ARANDA ORTIZ

TUTOR

GABRIEL FERNANDO BARRETO FERRO LL.M.

BOGOTÁ D.C.

2019

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	iii
1. INTRODUCCIÓN	1
2.2 Formulación del Problema de Investigación	15
2.2.1 Contexto de preparación nacional para asegurar la entrada en vigencia del tratado de libre comercio con Corea del Sur.....	16
2.2.2 Regulación Legal de la Franquicia en Corea del Sur	18
2.2.3 Acciones de protección jurídica frente a los contratos de franquicia	19
2.2.4 El Contrato de Franquicia en Corea del Sur	22
2.2.5 Obligaciones de las partes en el contrato de franquicia	23
2.2.6 Caso de estudio, franquicia Caffè Benne	25
CONCLUSIONES.....	28

RESUMEN

La apertura económica que ha experimentado Colombia desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, ha permitido la implementación de una serie de tratados de libre comercio con países que históricamente se han tenido vínculos comerciales, como con aquellos que no. Consecuencia de este escenario internacional se hace necesario reflexionar en relación con los retos que existen, en cuanto a la ejecución de contratos que no han sido lo suficientemente desarrollados por la legislación interna y, la mejor manera de atender en el nuevo escenario jurídico, entre lo nacional y lo internacional, los problemas que se generan sin necesidad de tener todas las respuestas en el orden jurídico local.

Por tal razón, el presente artículo tiene como propósito reflexionar a la luz de una teoría jurídica específica, el rol que se requiere en cuanto a la interpretación jurídica necesaria para atender las tensiones que se generan a la hora de ejecutar contratos como el de franquicia. En esta identificación de tipos de contratos, así como del marco teórico desde el cual se pretenden estudiar, se propone realizar un análisis documental acerca de las tesis que existen sobre su implementación desde la doctrina nacional e internacional.

Palabras clave: Derecho Comercial Internacional, contratos atípicos, Tratado de Libre Comercio, franquicia.

ABSTRACT

The economic opening that Colombia has experienced since the entry into force of the 1991 Constitution has allowed the implementation of a series of free trade agreements with countries that historically have had trade links, as with those that have not. As a result of this international scenario, it is necessary to reflect on the challenges that exist, in terms of executing contracts that have not been sufficiently developed by domestic legislation, and the best way to deal with the new legal scenario, between national and international, the problems that are generated without having to have all the answers in the local legal order.

For this reason, the purpose of this article is to reflect, in the light of a specific legal theory, the role that is required in terms of the legal interpretation necessary to address the tensions that arise when executing contracts such as franchising. In this identification of types of contracts, as well as the theoretical framework from which they intend to study, it is proposed to make a documentary analysis about the theses that exist on their implementation from the national and international doctrine.

Keywords: International Commercial Law, atypical contracts, Free Trade Agreement, franchise.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones económicas entre Estados constituyen un renglón prioritario en las agendas de los gobiernos, algunos con posiciones más proteccionistas procurando dar prioridad al producto interno, otros con posiciones de mayor apertura que permita suplir algunas falencias de abastecimiento interno y acceder a una mayor salida comercial, por lo que se puede afirmar que un tratado de libre comercio es un voto de confianza, amistad y seguridad entre dos o más Estados.

Estas buenas relaciones no se basan solamente en la buena voluntad de cooperación, además, deben tener una sólida base jurídica que brinde seguridad a las partes, quienes en varias ocasiones ni siquiera tendrán contacto distinto al virtual, pero que sí tendrán cuantiosas sumas en riesgo, por lo que cobran suma importancia los contratos atípicos, los cuales han tenido un desarrollo complejo. Lo anterior, toda vez que en una tradición de Derecho escrito, el advenimiento de figuras novedosas, que han demostrado su utilidad en el mercado internacional, por su capacidad de adecuarse a las necesidades de los clientes, han enfrentado a la realidad comercial con aparatos legislativos usualmente formalistas, teniendo a nivel nacional un desarrollo jurisprudencial como alternativa a la ausencia de normas.

Para el caso del presente artículo se ha seleccionado el contrato de franquicia de cara al Tratado de Libre Comercio con Corea del Sur, teniendo en cuenta su fuerte influencia en Colombia tanto como las franquicias internacionales que actualmente funcionan en el país, lo cual se logrará por intermedio de un estudio metódico de las fuentes formales del derecho, los escritos académicos especializados y las notas de diferentes impresos

reconocidos en la materia. Dejando claro además, que en el presente artículo el método a desarrollar es de naturaleza cualitativa y explicativa, con lo que se pretende adelantar un análisis documental de las referencias de naturaleza secundaria que al respecto del tema de las franquicias existen, en la implementación de tratados de libre comercio.

No obstante, el Tratado de Libre Comercio lleva en desarrollo desde finales del año 2009 (Ministerio de Industria y Comercio de Colombia, 2009) hasta el 15 de julio del año 2016 que entró en vigencia (Presidencia de la República de Colombia, 2016)¹, un periodo de tiempo relativamente corto, es conveniente resaltar algunos puntos de vista opuestos sobre su pertinencia.

Al respecto un tratado de libre comercio, se podría considerar como una práctica donde las dos partes ganan, pero en este caso y ante la frágil economía nacional, sujeta a un conflicto armado no internacional, paros de transportadores, campesinos, corrupción, dificultades con los Estados vecinos, etc., surgieron en su momento voces de alerta sobre las dificultades de suscribir

¹ No obstante, el presente artículo no tiene como propósito realizar un estudio sobre los impactos económicos concretos de la implementación del tratado de libre comercio con Corea del Sur, es posible advertir, que en cuanto a las exportaciones no mineras de Colombia hacia Corea del Sur, éstas registraron un aumento del 32,5% entre el 15 de julio de 2016 y mayo de este año como consecuencia del Tratado de Libre Comercio (TLC), informó la ministra de Comercio, Industria y Turismo, María Claudia Lacouture. Tras el primer año de entrada en vigencia del mencionado acuerdo, las ventas no mineras de Colombia hacia ese mercado durante este año de vigencia ascendieron a US\$182 millones, mientras que en el periodo entre el 15 de julio del 2015 y 31 de mayo del 2016 fueron US\$137 millones. Los productos agropecuarios son los que mayor monto han exportado en el año de vigencia del acuerdo (con US\$89 millones), frente a los US\$70 millones del año inmediatamente anterior. No obstante, los productos industriales son los que mayor crecimiento registran (41,6%). Pasaron de exportar US\$60 millones a US\$85 millones con la entrada del TLC. “El de Corea del Sur es el primer Acuerdo de Libre Comercio de Colombia con la región del Asia-Pacífico, que es la de mayor dinamismo económico del planeta. Es una nueva etapa en el proceso de diversificación de la oferta exportable del país”. Asimismo, la ministra resaltó que Corea tiene más de 50 millones de habitantes y un producto interno bruto (PIB) per cápita cercano a los US\$36.000, que es 2,6 veces superior al de Colombia, “lo que juega a favor de nuestras exportaciones”(Revista Dinero, 2017).

un Tratado de Libre Comercio, entre países con una diferencia tan marcada en su desarrollo tecnológico e industrial.

Dentro de esta desalentador panorama en el que se preveía la desaparición de algunos sectores de la incipiente industria colombiana ante el gigante asiático y la poca rentabilidad para Colombia una vez estudiados los productos que podría requerir Corea, toda vez que el amplio entorno comercial circundante es más que suficiente para desestimar que la fortaleza agrícola nacional pudiera presentar competencia. En cuanto a este aspecto, el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, exponía: *“... nos queda mucho camino por recorrer y es aprovechar todas esas ventanas de oportunidad que tenemos a nuestra disposición gracias a los acuerdos que hemos venido suscribiendo y a las barreras que hemos venido eliminando. Corea y Colombia se complementan. Corea es el primer país con el que suscribimos un Tratado de Libre Comercio del área asiática. Corea es un gran inversionista ya aquí en Colombia y estamos aprendiendo mucho de su gran progreso y de su muy rápido desarrollo. Temas como la educación, que para nosotros es un pilar fundamental, también lo es en Corea. Ustedes han sido supremamente exitosos. Por eso este tipo de encuentros nos parecen tan oportunos y tan necesarios”*. (Santos, 2015, párr. 3-15)

En este mismo sentido y todas las variables en relación con la realidad política, económica, social, de orden público de Colombia, entre otras, el gobierno nacional decidió iniciar un proceso de transición, con ayuda de la implementación de una justicia transicional, que busca brindar un ambiente más adecuado a la entrada de inversiones extranjeras, así como la creación de un mayor espacio de confianza para la entrada de nuevos capitales, que sean rentables para los Estados extranjeros y para los particulares.

Sobre este aspecto, existe una importante reflexión teórica, que tiene que ver con la naturaleza y la protección que se exige hoy de los derechos humanos, sobre todo, en contextos en donde los intereses económicos, no siempre contribuyen a que exista una distribución equitativa de la riqueza o, de las utilidades en el mercado².

Esta tensión ocupa una línea de investigación muy importante hoy en cuanto al estudio de la implementación de tratados de libre comercio en América Latina. Dentro de muchas otras reflexiones se encuentran las de autores que advierten el reto que existe entre ponderar los propósitos de tratados de derechos humanos versus los que tienen los tratados de libre comercio, en donde pueden estar en tensión derechos como el trabajo, la salud, el medio ambiente, la propiedad privada, etc., considerados hoy dentro de los instrumentos internacionales, como derechos humanos³.

Sumado a esta reflexión, se encuentra igualmente el posibilitar relaciones comerciales internacionales, dentro del escenario de una justicia transicional, como la que asume hoy Colombia, con la implementación de tratados de paz, así como el advertir el hecho que grupos empresariales extranjeros, con importantes inversiones en el país, en algunos casos han financiado, grupos al margen de la ley. Este elemento es valioso, si se entiende que, dentro del desarrollo de tratados de libre comercio, se pueden vulnerar derechos naturales, como lamentablemente ha ocurrido en el pasado.

² OLARTE BACARES, Carolina, *The articulation of international investment law and human rights: the Latin-American case*, Bogotá, Editorial Javeriana, 2017, pág. 8

³ ALVAREZ, Alejandro, "Latin America and International Law", 1909, vol. 3, No. 2, *The American Journal of International Law*, p. 273

De hecho, estos aspectos de tensiones sociales, económicas, políticas, de seguridad, entre otras, han sido tenidas en cuentas por la Corte Constitucional de Colombia, a la hora de estudiar la constitucionalidad de la leyes que aprueban tratados de libre comercio, como el que se estudia en este caso, entre Colombia y Corea del Sur.

Este alto tribunal Constitucional emitió la Revisión de constitucionalidad de la Ley 1747 de 2014 *“Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y la República de Corea”, firmado en Seúl, República de Corea, el 21 de febrero de 2013, a través de la sentencia C – 184 de 2016. En dicha sentencia recoge elementos importantes de esta tensión, entre derechos humanos e intereses comerciales, al advertir la importancia que tiene la figura de la consulta previa, en favor de comunidades étnicas, si el tratado de libre comercio a implementar, afecta intereses de grupos indígenas y afrodescendientes, en temas como la propiedad intelectual, la propiedad de la tierra, el medio ambiente, entre otros.*

De igual manera la sentencia, pone de presente, cómo el precedente de la Corte Constitucional ha incluido al ordenamiento constitucional principios propios del Derecho Comercial Internacional, como es el caso del principio del trato nacional⁴. Una referencia importante, si se entiende que, dentro de las diversas tensiones que se pueden presentar a la hora de aplicar un tratado de libre comercio, se busca la existencia de un escenario de igualdad y, evitar ante todo cualquier trato discriminatorio, tanto para nacionales como para extranjeros⁵.

⁴ CONDON, Bradley, “Trato nacional en el gatt y el acuerdo general sobre comercio de servicios de la omc”, Universidad Nacional Autónoma de México, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2013, págs., 247 – 280

⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C – 184 de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, Bogotá D.C. 2016. Disponible en:

Este vasto contexto es mucho más complejo, cuando se advierte que en el caso colombiano, existen pocas herramientas legales que ayudan a entender la reglamentación de los tratados de libre comercio, por lo que es muy común encontrar vacíos normativos, que no ayudan a resolver problemas que se presentan a la hora de implementar negocios o, concretamente contratos, que no siempre encuentran una reglamentación en una ley concreta.

Por tales razones, el presente artículo tiene como propósito, deducir a partir de este amplio escenario la escogencia de un contrato en particular que puede ser usado en el tratado de libre comercio suscrito, entre Colombia y Corea del Sur. Así como también escoger una teoría desde la cual, se pueda describir y explicar el camino de discusión que hoy existe y, cómo tal teoría puede proponer formas de resolver vacíos normativos que existan eventualmente en cuanto al uso del contrato escogido.

Así las cosas, la presente investigación se propone analizar desde la teoría del monismo impuro, la manera de entender cómo el tratado de libre comercio puede servir como herramienta de solución de los vacíos que puedan existir, en este caso, en la implementación de un contrato propio de este tipo de tratados, que para el presente artículo será el de franquicia⁶.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-184-16.htm>. Revisado el 14 de diciembre de 2018.

⁶ La escogencia de un marco teórico, que en este caso se concentrará en la teoría del monismo impuro, advierte cómo en Colombia, es posible evidenciar, discusiones teóricas de valor, respecto a la manera como hoy se conciben el uso de los tratados de libre comercio como fuentes vinculantes del Derecho. En este caso, la teoría escogida, permite explicar cómo la transición de un formalismo hacia un antiformalismo constitucional, permiten hablar de teorías más flexibles en cuanto a la interpretación de normas de carácter internacional. Sobre este tema se recomienda: PERILLA, J. S. A., (2016). El monismo impuro desde el Bloque de Constitucionalidad colombiano. En W. Alvez de Souza y R. Rabinovich – Berkman (comps.) *Barajar y dar de nuevo: trabajos sobre temas de derecho, de sociología y de historia jurídicas, dedicados a la profesora Dra, Andrea Gaston*, (pp. 395 – 411) Salvador, Bahía (Brasil): Editoria Dois de Julho y PERILLA, J, (2017). La agencia mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17 (33), 17-38, doi: 10.22518/16578953.911.

Lo anterior, se deduce de la necesidad de entender cómo llenar un vacío existente, no sólo en cuanto a la implementación jurídica de tratados de libre comercio en Colombia, sino particularmente cómo tal vacío existe en un contrato especial, que en este caso es el de la franquicia. Sin embargo, la mencionada elección teórica, no pretende desconocer el amplio espacio de discusión, que como se ha dicho en líneas anteriores, existe en diversos temas alrededor de la existencia de tratados de libre comercio en América Latina en general y, en Colombia en particular.

Por el contrario, el enfocar la presente discusión, dentro del marco de una teoría concreta, pretende dar claridad tanto conceptual, como metodológica, del por qué de la elección de las referencias secundarias tratadas, así como de la orientación que el presente estudio pretende. Incluso, ayuda a que la presente discusión se delimite temporalmente en un marco de tiempo en el que es posible identificar referencias del por qué de la ausencia de discusión, por ejemplo, jurisprudencial sobre el tipo de contrato de la franquicia en el caso colombiano.

En cuanto a este último aspecto, se puede mencionar que en el caso de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, existen pocos pronunciamientos en los que la Corte menciona elementos importantes que distinguen este tipo de contrato atípico respecto de otros, como el contrato de arrendamiento, la compraventa y la agencia comercial. Este aspecto es importante si se entiende que la reflexión en relación con la franquicia como contrato atípico en Colombia, ha estado más en manos de la jurisdicción

arbitral, que en el escenario del estudio de la jurisdicción ordinaria, no obstante, la naturaleza comercial que puede tener este tipo de contrato⁷.

Ahora, cómo podría entonces suplirse este vacío, tanto normativo, como jurisprudencial en el caso de la implementación de contratos de franquicia en el marco de tratados de libre comercio entre Colombia y, otros Estados, como en este caso Corea del Sur? Con el presente interrogante se pretende delimitar aún más el campo de estudio del presente artículo, dejando claro con ello, que si bien los aspectos de naturaleza política, económica, social son importantes, en este caso, no alcanzan a ser todos atendidos y, por el contrario, el derrotero del presente trabajo se puede enfocar sólo en el análisis jurídico que se pueda dar frente al vacío normativo respecto a la implementación de la franquicia.

De igual manera, no obstante el presente trabajo se concreta en el tipo de contrato atípico de franquicia, se asumirán reflexiones en lo relativo a un elemento existente dentro del campo de aplicación de la franquicia, que para efectos concretos tiene que ver con el Know How, como elemento propio del conocimiento acerca del cómo llevar a cabo desarrollos que requieren de información y competencias especiales, que sólo una de las partes en la relación comercial, pueden tener o, conocer.

Así entonces, y en este orden de ideas propuesto, se puede empezar por decir respecto al contrato de franquicia y sus antecedentes en Colombia, que la primera idea que llega a la mente es la de las grandes cadenas de comidas rápidas, en especial Mac Donalds⁸, que hasta hace algunos años era conocida

⁷ LLAIN-ARENILLA, Shirley & INSIGNARES-CERA, Silvana, "Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al contrato de franquicia internacional", 132 *Vniversitas*, (2016).Págs.21-58

⁸ Aunque las franquicias tienen su origen en el esquema descrito, en su era moderna aparecen inevitablemente vinculados a un nombre: McDonald's. Un vendedor genial, Ray Kroc, le propuso

en el país por su poderosa campaña comercial, sus patrocinios a eventos, el concepto de la “cajita feliz” y eventualmente por los ataques de varios sectores que cuestionaban lo saludable de sus menús, a pesar de ello se veía como un privilegio para aquellos que tenían la oportunidad de viajar al exterior el poder disfrutar de la experiencia que representa el ir a un restaurante de estos, no obstante durante el año 1994, se inició un acercamiento para que, por intermedio del contrato de franquicia, traer la famosa “m” a Colombia, como lo registró en su momento la prensa: *“Colombia entrará en la lista de los 72 países del mundo en donde la empresa estadounidense McDonald’s participa en el mercado de las comidas rápidas. A partir de junio del próximo año, la compañía multinacional abrirá el primer restaurante en el norte de Bogotá, mediante el sistema de franquicia. Ya se están adelantando negociaciones para el establecimiento de nuevos restaurantes en otras ciudades del país. El inversionista colombiano, cuyo nombre se mantiene en reserva, ya envió un representante a Nueva York para realizar un curso de 18 meses, con el objetivo de conocer detalladamente el funcionamiento de la empresa, las estrategias de comercialización y la fórmula de los productos que vende la casa matriz. La calidad debe ser igual en todas las filiales del mundo”*. (Periódico El Tiempo, edición del 3 de noviembre de 1994, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-245843>)

De esta primera experiencia se podrían evidenciar algunos aspectos, como que el contrato es eminentemente oneroso, donde la empresa que otorga la franquicia se asegura que el negocio operará con los mismos estándares con que lo hace en su casa matriz y para ello se asegura de capacitar al inversionista y, para el caso en mención es parte de un proyecto a gran escala.

a los hermanos McDonald, propietarios de un exitoso negocio de hamburguesas en San Bernardino, California, la idea de vender su sistema a negociantes de todo el país, a cambio de ciertas regalías. Así se inició un negocio que ha permitido establecer más de 10 mil restaurantes en 55 países, incluyendo China (Amador y Quintana 1992, recuperado de: http://archivo.estepais.com/inicio/historicos/14/1_reportaje_inversion%20estadounidense_amador.pdf)

Partiendo que la figura de la franquicia es de origen anglosajón, se puede evidenciar en este Derecho, cómo se encuentra cobijada, en la regla 436 de la Comisión Federal de Comercio, la cual define a la franquicia como una relación comercial que tiene tres elementos:

1. *El uso de un nombre común o marca registrada*
2. *La presencia de un “control operativo significativo” o una “asistencia operativa significativa”*
3. *Un pago requerido de más de 500 dólares en los seis primeros meses de operación de franquicia (incluyendo costos iniciales, regalías, costos de propaganda, costos de entrenamiento, o costos de equipamiento)*

Una vez difundido y practicado este tipo de acuerdo, se han desarrollado por parte de sectores académicos algunas definiciones que integran estos elementos, tales como los que Paucar describe: *“Aquel en el cual una organización, el franquiciante, que ha venido desarrollando un método o una fórmula para la fabricación y/o venta de un producto o servicio, extiende a otras firmas, los franquiciados, el derecho a proseguir con tal negocio sujeto a ciertos controles y restricciones”* (Paucar, 2003, pág. 37).

Tormo y asociados S.I. presenta un concepto con una descripción más técnica desde el punto de vista comercial, a saber: *“La franquicia es una modalidad de distribución y marketing a través de la cual el franquiciador concede a una persona física o jurídica - el franquiciado - el derecho a operar con un concepto de negocio, comercializando un producto o prestando un servicio bajo el formato de negocio del franquiciador y bajo su propia marca”*

Se encuentran así en estas definiciones, unos puntos en común partiendo de la formalidad del contrato, puesto que el franquiciante y el franquiciado tienen su acuerdo por escrito en documento donde se determinan aspectos tales como la duración de la franquicia y su aplicación territorial, así como la independencia de las partes, ya que cada uno trabaja por un interés particular. Sin embargo, cada parte hace un aporte, en el caso del franquiciado se puede citar el presupuestal, operativo, talento humano, publicidad, entre otros, y por parte del franquiciador una marca común y el Know How.

En lo que concierne a los beneficios el franquiciado, el cual se entiende como quien ha hecho la inversión y que por lo tanto adquiere el derecho, realiza un pago al franquiciador o franquiciatario el cual se divide en uno de entrada y otros periódicos que se pueden dar de forma fija o sobre un porcentaje de las ventas, también se pueden dar otro tipo de cláusulas relativas a la compra de suministros exclusivo a este, a cambio del derecho otorgado, la asistencia inicial y la que se acuerde en el contrato.

Anteriormente se mencionó el origen moderno de la franquicia en el derecho anglosajón, sin embargo los antecedentes de la figura ayudarán a entender la naturaleza del contrato, el alcance de sus elementos y sus diferentes configuraciones, en el estudio adelantado por Karelis M. Osta T. en su artículo "*Evolución Histórica de las Franquicias y su Impacto en la Economía Mundial*", nos hace un recuento desde el origen de la palabra en la traducción literal del vocablo inglés "franchising", el cual tiene su origen en el término francés "française" que significa "libre de toda atadura", posteriormente relata su origen en algunas figuras comerciales del periodo de las cruzadas, posteriormente en los siglos XVI y XVII en la aparcería, agricultura, industria pesquera y en la piratería.

En el precitado estudio se describen antecedentes modernos de la franquicia en cuatro olas así:

- 1. Durante el siglo XVIII y XIX en el negocio de las cervecerías alemanas e inglesas quienes desarrollaron acuerdos comerciales con las autoridades y con las tabernas para la distribución exclusiva de su marca comercial.*
- 2. En el siglo XIX la empresa americana Singer Sewing Machine Company le vendía sus máquinas de coser a sus propios vendedores, quienes empleaban esta marca para abrir mercados.*
- 3. McCormick Harvesting Machine Company en 1850 desarrolló agentes comerciales exclusivos quienes vendían y realizaban el mantenimiento a sus máquinas, seguido de otras empresas que a raíz de la revolución industrial y del empuje norteamericano que significó la culminación de la guerra civil, la primera y segunda guerra mundial, les permitió prosperar y expandir sus empresas.*
- 4. Esta última ola innova la aplicación del concepto, buscando emplear la franquicia para la reducción de costos, generar nuevos ingresos, alianzas, disminución de riesgos, entre otros.*

Ahora, en cuanto a la existencia de la franquicia como contrato atípico, se hace necesario igualmente advertir un elemento que existe dentro de este tipo de contrato, en este caso el Know How. Respecto a este último elemento, si bien no ocupa un espacio central de la presente parte de la investigación, es importante por su naturaleza y por su inclusión en la franquicia poner de presente lo que la doctrina advierte sobre su uso y alcances. Lo anterior, toda vez que para la implementación del contrato de franquicia se necesita de la transmisión de un conjunto de conocimientos, que son precisamente los que el franquiciante comparte con su franquiciado, a efectos de garantizar el éxito que

la marca ha logrado en un mercado determinado: *“Por ello se afirma que el Know How es un conjunto de experiencias que surgen de la práctica empresarial adquirida por el franquiciante”*.

Al respecto, es además importante resaltar que como una característica a tener en cuenta dentro del Know How que se transmite en la franquicia, es que éste no sea patentado, que admita un desarrollo constante, por las permanentes innovaciones y exigencias en el mercado, así como que éste sea fácilmente transmisible¹⁰. Por tales razones el Know How comercial es un elemento esencial de la franquicia y difícil de excluir de su estudio.

En este orden el contrato de know how se diferencia del contrato de franchising. Sin embargo, no obsta que puedan complementarse, ya que el éxito de un negocio no es solamente tener un buen producto o un conocimiento particular, sino que además, existen una serie de dimensiones tales como las políticas y las prácticas, que conllevan a lograr el propósito de convertir la información en algo rentable económicamente.

Sobre este aspecto, la doctrina advierte lo siguiente: *“... el llamado contrato de knowhow no es sinónimo de franchising, pero no divisamos óbice para que pueda ir aparejado a éste. Ello con mayor razón si consideramos que la tecnología es sólo un aspecto del know how, pueden existir otros elementos susceptibles de ser contribuidos o aportados por una empresa a otra y que también se vinculan con este proceso de transferencia de aptitud industrial o comercial: verbigracia, la organización de un negocio como totalidad; el conocimiento y adecuado manejo del mercado; el planeamiento de políticas de*

⁹ ALFARO RODRIGUEZ, Marco Vinicio. “El Know How y su aplicación práctica en el contrato de franquicia”. *Revista judicial*, Costa Rica, No. 109, 2013, pág. 261

¹⁰ *Ibidem*. 262.

compra, de producción y de ventas, o cualquier otro aspecto organizativo de la especie. Un claro ejemplo de lo dicho constituye la firma Gregg Mann Power, que, en su calidad de franchisee, no sólo tiene el derecho a utilizar dicha denominación, sino también el acceso al know how, es decir, al conocimiento del método que permite explotar con éxito una oficina de personal interino, de reclutamiento y selección y a toda la ayuda necesaria para que esa actividad resulte rentable. Creemos que la celebración de un contrato de know how paralelo al franchising es muy conveniente en el sector de la preparación de alimentos, pues, hoy en día, resulta difícil crear y mantener la novedad que tanto atractivo ejerce sobre el público. El dueño del procedimiento o técnica, en lugar de optar por el patentamiento, que significa publicidad, puede omitir dicho registro y otorgar al beneficiario una protección de hecho mediante el know how, que implica garantía del secreto. (Calderón, 1994, pp. 64-65)

Sin embargo, en años recientes el know-how y el franchising han difuminado sus límites con la inclusión del know-how gerencial, del cual Corea del sur ha sido pionero, a pesar que no ha sido precisamente el más exitoso en su implementación, dado que depende de unos factores que trascienden a la simple copia de procedimientos, más aún al tratarse de incorporar modelos que a nivel de la cultura asiática, ampliamente reconocida por su disciplina, a otras menos rígidas.

Sobre este tema se dice: *“De acuerdo a Park (2007) el know-how gerencial es implícito, tácito y contiene competencias más profundas que las tecnologías, y por lo tanto las características inherentes del know-how gerencial frecuentemente inhiben la transmisión eficiente del conocimiento de una firma a otra. Dado a los atributos innatos del conocimiento, el know-how gerencial es difícil de imitar, transferir y substituir, lo que indica que esto es un conocimiento adherido a la cultura y organización. En contraste, la capacidad tecnológica desarrollada por otra firma es fácilmente imitable, transferible y sustituible,*

empleando manuales, cuadernillos de instrucción y guías, las cuales no están directamente asociadas con aspectos culturales [...]. (Como se citó en Rowley & Warner, 2015, p. 210)

Finalmente, con estos aspectos de análisis el presente artículo se propone deducir de los antecedentes y las reflexiones teóricas sobre la franquicia, en desarrollo de un tratado de libre comercio, la formulación de problemas de investigación se sean pertinentes y, procuren por plantear propuestas del estado de la discusión en que se encuentra actualmente la implementación de contratos atípicos como el que acá se propone, así como caminos para abordar soluciones en su aplicación.

2.2 Formulación del Problema de Investigación

La presente investigación orientada a difundir y promover el conocimiento de la contratación atípica en el marco del Tratado de Libre Comercio con Corea del Sur, planteando dos interrogantes principales:

- ¿Qué obligaciones tendría un contrato de “franquicia” que se suscriba en el marco del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y Corea del Sur?
- ¿Qué soluciones existen en relación a vacíos normativos, dentro del marco de la teoría monista impura, en la implementación de la franquicia, dentro del tratado de libre comercio con Corea del Sur?

2.2.1 Contexto de preparación nacional para asegurar la entrada en vigencia del tratado de libre comercio con Corea del Sur

En el marco de suscripción de un Trato de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur, se propició un escenario particular, dentro del cual, plantearon un elemento jurídico en el que si bien, no se registró particularmente un capítulo o apartado exclusivo de la ley 1747 del 26 de diciembre de 2014, por medio de la cual se aprueba el acuerdo de libre comercio entre la República de Corea y la República de Colombia, dedicado al contrato de franquicia, sí es cierto que se dedicó un capítulo, en este caso el capítulo cince, a la propiedad intelectual¹¹.

Este elemento es importante, toda vez que introduce una reglamentación en la que aspctos propios del contrato de franquicia aparecen presentes, tales como el uso de la marca, la protección a los derechos de autor, la transferencia de tecnología y los medios de solución de los conflictos que sobre estos temas se pueden presentar en la ejecución del tratado.

Asi el capítulo quince, pone de presente un escenario propios de intercambio de información entre comerciantes, coreanos y colombianos, que a través del contrato de franquicia, podrían poner en marcha proyectos de uso de marcas, para la comercialización de bienes y servicios en ambos países. Sin embargo, el tener tales disposiciones no significa que en todo caso, las dificultades que se puedan presentar en la ejecución de un contrato de franquicia, no encuentre vacíos que puedan poner en problemas los intereses de ambas partes.

¹¹ Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Corea del Sur. Contexto normativo. Ley 1747 del 26 de diciembre de 2014. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/733/acuerdo_de_libre_comercio_entre_la_republica_de_colombia_y_la_republica_de_corea. Revisado el 10 de diciembre de 2018.

Por tal razón, en el presente artículo se ha propuesto, desde la teoría monista impura, una forma de resolver problemas cuando las fuentes del Derecho en el contexto internacional no son lo suficientemente claras. En cuanto a esta teoría, se advierte que el tratado de libre comercio en sí es fuente vinculante del Derecho, por lo que su uso, resulta importante a la hora de llenar vacíos que se puedan encontrar en la normatividad colombiana, ante la ausencia de leyes que regulen el contrato de franquicia y, sentencias que igualmente propongan fórmulas de solución a casos concretos.

El contexto de la teoría monista impura advierte el tránsito hacia una reglamentación de orden constitucional más abierta, dispuesta a entregar a los operadores judiciales herramientas de interpretación mucho más dispuestas a la adaptación de exigencias internacionales, en distintas áreas del Derecho, como por ejemplo, a los nuevos retos en asuntos de compraventa de propiedades, cuando en éstas no se encuentran presentes los titulares, las reglamentaciones civiles respecto a la compraventa de la propiedad y sus retos en los tratos de comercio en escenarios internacionales, entre muchos otros cambios que hoy la reglamentación interna de los Estados especialmente de América Latina aún no conciben¹².

Ahora, en cuanto al caso particular de la franquicia, existen igualmente retos que pueden ser tratados desde el escenario que se propone la teoría monista impura, al momento de usar nuevos referentes y fuentes del Derecho, que den solución a problemas que puedan presentarse en

¹² ECHEVERRY BOTERO, David Augusto, "The role of property rights in commercial agreements", En: *Brasil Iusta / Universidad Santo Tomás. Facultad De Derecho /ISSN: 0121-3008 ed: v.2 fasc.43,2015, p.43-66.*

su aplicación. Por tal razón se da paso a la descripción de sus características en el contexto internacional, para pasar luego a las mismas en lo local.

2.2.2 Regulación Legal de la Franquicia en Corea del Sur

La principal Ley en Corea del Sur sobre el tema de franquicia es la Ley de Transacciones Justas en Negocios de Franquicias, cuyo propósito es promover el bienestar de los consumidores y al sólido crecimiento de la economía nacional, mediante el establecimiento de un orden comercial justo para los negocios de franquicia, garantizando el crecimiento mutuo, complementario y equilibrado de franquiciadores y franquiciados en pie de igualdad.

Esta Ley tiene definiciones importantes tales como la definición misma de la franquicia, como:

El término "negocio de franquicia" significa una relación comercial continua en la que un franquiciador permite a sus franquiciados utilizar sus propias marcas, marcas de servicio, nombres comerciales, signos o cualquier otra marca comercial (en adelante, "marcas comerciales" Lo mismo se aplicará) en la venta de bienes (incluyendo materias primas y materiales auxiliares) o servicios de conformidad con ciertas normas de calidad o métodos de negocios, y apoya, entrena y controla a sus franquiciados en lo que respecta a su gestión, actividades comerciales. Etc., y en el que los franquiciados pagan las cuotas de franquicia a su franquiciador a cambio del uso de las marcas comerciales y el apoyo y la formación proporcionada para su gestión, actividades de negocios, etc.

También explica los términos de franquiciante, franquiciado, licencia de franquicia, y cuota de franquicia, de la definición de esta última se pueden distinguir que esta puede darse en diferentes fases y con distintas finalidades.

- Cuota de franquicia inicial: Es la que hace el franquiciado al franquiciador con el fin de obtener una licencia de franquicia, incluyendo una licencia para el uso de marcas comerciales, o para recibir apoyo y formación sobre sus actividades empresariales, tales como cuotas de membresía, tasas de admisión, honorarios de franquicia, cuotas de formación o anticipos.
- Cuota de franquicia de garantía: es la que un franquiciado paga a un franquiciador como garantía por el pago de obligaciones o daños incurridos en relación con el precio de compra de los productos básicos suministrados por el franquiciador.
- Cuota de franquicia de instalaciones: es el precio de la instalación, instalaciones o productos suministrados o un alquiler de bienes raíces proporcionado por el franquiciador en el momento en que se concede una licencia de franquicia para iniciar un negocio de franquicia.
- Cuota periódica de franquicia: es el pago de manera regular o irregular por el uso de marcas comerciales licenciadas en virtud de un acuerdo con el franquiciador, el apoyo y la capacitación en actividades empresariales, entre otros.

2.2.3 Acciones de protección jurídica frente a los contratos de franquicia

El emprender un negocio lleva implícito un riesgo, el cual para el caso de estudio puede estar influenciado por algunas variables, incluso del orden emocional, puesto que al observar las poderosas empresas extranjeras un inversionista colombiano, podría pensar que el solo traer la marca le garantizaría un éxito inmediato¹³, sin embargo los costos del acuerdo comercial,

¹³ Las estadísticas del negocio de franquicia son alentadora según el US Small Business Administration que señala que en EE.UU. el 35% de los «nuevos negocios» fracasan dentro del primer año y solo el 23% de los negocios independientes continúan operando luego de los primeros cinco años: no obstante, el 90% de las franquicias operan en el mercado al Quinto año.

la implementación, sumado al riesgo reducido del franquiciante, el contexto en el que el negocio logró su prosperidad, entre otros, pueden concluir en que lo que inicialmente se veía como una excelente oportunidad se convierta en un fracaso tras una importante inversión, es así que se explicarán algunos aspectos a tener en cuenta.

Luis Vázquez de la Universidad de Salamanca en su artículo "*Las Compensaciones en las Relaciones de Franquicia*", hace una descripción de los diferentes cánones que se acostumbra en este tipo de contratos tales como el canon de entrada, un porcentaje de los beneficios obtenidos a través de las comisiones o royalties y la compra de suministros a los franquiciadores.

Para el cálculo de estas contraprestaciones Martín (1988), señala las siguientes variables:

- a. La prevención al riesgo de las partes
- b. La incertidumbre de la realización de la actividad,
- c. La relatividad de la importancia que se van a realizar por parte del franquiciado y del franquiciador, mientras mayor la importancia de la labor del franquiciado, se disminuye el pago variable al franquiciador y viceversa.

Por su parte la Revista *Estrategia*¹⁴, identifica 15 factores para minimizar los riesgos en la adquisición de una franquicia, tales como la transferencia del know how, la calidad del producto y/o servicio, el desarrollo del plan de negocios, el manual de procedimientos, la posibilidad de reproducción del producto y/o servicio, la red de comunicación entre la franquicia matriz y los franquiciados, el plan estratégico, la adaptación del producto y/o servicio al

¹⁴ <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/strategia/article/viewFile/17530/17804>

mercado local, la ubicación de los puntos de venta, el apoyo en marketing de la casa matriz, el programa de capacitación, la marca posicionada, el contrato de franquicia adecuado, y la actitud y selección del franquiciado, de los anteriores puntos se seleccionarán algunos especialmente relevantes de cara a un Tratado de Libre Comercio con Corea del Sur.

El primero de ellos son las posibilidades de la reproducción exitosa del producto o servicio, teniendo en cuenta que la fidelidad del producto franquiciado, es esencial para el desarrollo del negocio, por lo que se debe tener en cuenta el lugar de origen de la franquicia y su entorno, así como la existencia o no de la materia prima en la región, lo que trae consigo el análisis de los aranceles de la importación, lo que hace que el TLC cobre vigencia en caso que la materia prima venga del mismo país del que procede la franquicia.

La red de comunicación desarrollada es vital, puesto que el éxito del negocio es precisamente en el que se entiende que ambas partes ganan, por lo que el respaldo es la clave, en ese caso, se verifica que los medios de comunicación y soporte sean permanentes, oportunos y de fácil acceso, lo que en un país con diferencia horaria de más de doce horas y un idioma nativo distinto es motivo de un acuerdo previo claro.

Marca posicionada, en el caso de Corea del Sur¹⁵, hay unas marcas comerciales ampliamente conocidas, como es el caso de Samsung, LG, Hyundai y Kia, sin embargo existen otras menos conocidas a nivel latinoamericano, en el sector bancario, de seguros (incluyendo a Samsung Life Insurance con ingresos cercanos al billón de dólares) y energético, posicionadas en su país, pero que a nivel colombiano, no tendrían mayor eco

¹⁵ <http://emprendedor.com/site/index.php/las-empresas/100-empresas/565-100-empresas-corea-del-sur>

en la mentalidad colectiva, lo que en caso de traerse bajo la modalidad de franquicia dificultaría su posicionamiento y reconocimiento.

El Contrato de franquicia adecuado, en este caso nos advierte Villanueva:

El contrato de franquicia es el documento que va a delinear la relación entre ambas partes, sus obligaciones y sus derechos. Puntos claves que este contrato debe estipular son los referentes a la cesión de la marca al franquiciado, la transmisión del know how y la prestación de asistencia permanente durante la vigencia del contrato. El análisis del contrato por ambas partes evitará se presenten problemas inesperados en la relación contractual. Un contrato justa para ambas parte permitirá el éxito financiero y la continuidad del negocio, partiendo de que si el franquiciado tiene éxito el franquiciador lo tendrá.

2.2.4 El Contrato de Franquicia en Corea del Sur

Así como al iniciar la discusión sobre el tema de las franquicias se trajo a colación el caso de McDonalds, la situación de Corea del Sur tiene ese antecedente común, frente a la comida norte americana, donde el más reciente caso de comida rápida es el Shake Shack, el cual en el Distrito de Gangnam (también conocida como la Beverly Hills de Corea del Sur) y en la propia capital Seoul, ha demostrado ser una verdadera fiebre, donde las largas filas han impuesto la necesidad de tener un personal para atención médica mientras la espera, la cual ha llegado a ser de hasta 1500 personas según lo reportado por el diario The Korea Times¹⁶.

Se podría inferir que el ánimo de apertura de Corea del Sur, lo convierte en un receptor idóneo de la forma de vida occidental y que por lo menos en el caso

¹⁶ http://www.koreatimes.co.kr/www/news/nation/2016/07/617_210158.html

norte americano, su aceptación ha sido total, sin embargo en la práctica se pueden ver que no todos los casos son exitosos.

Corea del Sur ha demostrado ser un mercado difícil de romper para una serie de multinacionales focalizadas en Occidente. Más de una docena de tiendas coreanas de Emart fueron compradas a Walmart en 2006, después de que el gigante estadounidense luchó para adaptarse a los gustos locales. Carrefour también se ha retirado del mercado¹⁷.

De lo anterior se puede concluir que el contrato de franquicia tiene ya un arraigo en el sistema legal de Corea del Sur y en sus instituciones jurídicas, tales como el “Korean Civil Act” y el “Korean Commercial Code”, así como en el “Foreign Investment Promotion Act” e igualmente se encuentra bajo la autoridad del “The Korean Court Commercial Registrar”, el “National Tax Service” y el “Ministry of Knowledge Economy”.

2.2.5 Obligaciones de las partes en el contrato de franquicia

Al suscribir el contrato de franquicia las partes en acuerdo se ponen bajo una serie de obligaciones de conformidad con el régimen legal de Corea del Sur, así:

En lo que concierne al franquiciante:

1. Elaborar planes de negocios para el éxito del negocio de franquicias;
2. Continuar los esfuerzos para la gestión de la calidad de los productos o servicios y desarrollo de técnicas de venta;

¹⁷ <http://www.telegraph.co.uk/business/2016/07/18/boots-makes-a-push-into-south-korea-with-emarkart-expansion-deal/> ultima consulta 05 de julio de 2017

3. Proporcionar a los franquiciados instalaciones para sus tiendas y suministrarlas con productos básicos o servicios a precios y costos razonables;
4. Proporcionar a los franquiciados y a sus empleados educación y formación;
5. Prestar asesoramiento y asistencia constante a los franquiciados con respecto a su gestión y actividades empresariales;
6. Abstenerse de establecer una tienda minorista directa dentro del territorio comercial de un franquiciado o que establezca una franquicia de cualquier tipo de negocio similar a la del franquiciado;
7. Hacer esfuerzos para resolver cualquier conflicto que surja en relación con un franquiciado a través del diálogo o negociaciones

En lo que concierne al franquiciado:

1. Hacer esfuerzos para mantener la integridad del negocio de la franquicia y la reputación del franquiciador;
2. Mantener el inventario a un nivel adecuado para cumplir con el plan de suministro del franquiciador y la demanda de los consumidores, y mostrar los productos para ese propósito;
3. Cumplir con los estándares de calidad apropiados que el franquiciador requiere para productos o servicios;
4. Utilizar productos o servicios proporcionados por el franquiciador si es imposible comprar productos o servicios que cumplan con los estándares de calidad;
5. Cumplir con las normas apropiadas que el franquiciante requiera con respecto a las instalaciones y el exterior del lugar de negocios o medio de transporte;

6. Consultar por adelantado con el franquiciador cuando el franquiciado cambia los productos, servicios o actividades comerciales que ha manejado;
7. Mantener y proporcionar los datos necesarios para establecer estrategias para la gestión integrada y las actividades de venta del franquiciador, tales como libros contables relacionados con la compra y venta de productos o servicios;
8. Permitir que los ejecutivos, empleados y otros agentes del franquiciador ingresen al lugar de negocios del franquiciado para inspeccionar y registrar el estado actual del negocio del franquiciado o datos;
9. Abstenerse de reubicar el lugar de negocios o transferir la licencia de franquicia a terceros sin el consentimiento del franquiciador;
10. Abstenerse de participar en el mismo tipo de negocio que el del franquiciador durante la vigencia de un contrato de franquicia;
11. Abstenerse de divulgar el conocimiento comercial o los secretos comerciales del franquiciador;
12. Notificar al franquiciador de cualquier infracción de las marcas comerciales y proporcionar la cooperación adecuada necesaria para prevenir las infracciones en caso de que se descubra la infracción de las marcas comerciales de un tercero.

2.2.6 Caso de estudio, franquicia Caffè Benne

En años recientes, la franquicia se ha desarrollado principalmente en las medidas tomadas por la Comisión de Comercio Justo de Corea del Sur (South Korea Fair Trade Commission), como el caso de la multa impuesta a la mayor

franquicia de café de Corea del Sur Caffè Bene¹⁸ con una suma de 1.9 billones de won, por abuso de poder¹⁹, contra los propietarios de los establecimientos.

Este caso merece una especial atención teniendo en cuenta que es la mayor multa emitida en regulación del mecanismo antimonopolio, debido a que se lanzó una campaña en conjunto con KT Corporation, quien brinda servicios de comunicaciones, ofreciendo un descuento del 10% en el café para todos los usuarios de telefonía móvil de esta empresa, lo que en principio era una estrategia lícita, sin embargo el problema se suscitó cuando el costo de la promoción, la cual era dividida por mitades entre Caffè Bene y KT Corporation, fue transferida de la primera a los propietarios de las franquicias, quienes se opusieron a la medida.

Aunado a esto Caffè Bene obligó también a los dueños de las tiendas a utilizar exclusivamente el material que proporcionaba el franquiciante para la decoración de las tiendas, alcanzando ventas de 181.300 millones de won en ventas entre los años 2008 y 2012, por lo que basado en el Franchise Business Act²⁰, se impuso una multa de 1.900 millones de won.

¹⁸ Lanzado en noviembre de 2008, Caffè Bene es la mayor franquicia de cafeterías del país. Tiene 850 tiendas, y registró 176.2 mil millones de won en ventas a finales del año pasado.

Con el crecimiento explosivo del consumo de café en el país, franquicias cafeterías han estado explotando en número. Otras famosas marcas de cafeterías que operan como franquicias incluyen: Angelinus, Ediya Café, Yoger Presso, Hollys Café, Tom N Toms, un lugar Twosome, Caffè Tiamo y Pascucci.

Estas nueve compañías de franquicias de café, incluyendo Caffè Bene, registraron ventas de 575.800 millones de dólares en 2012, un 55,7 por ciento más que en 2010. El café en Corea no muestra señales de desaceleración en el corto plazo

¹⁹ http://www.koreatimes.co.kr/www/biz/2017/05/488_162309.html

²⁰ Fair Transactions and Franchise Business Act, Artículo 12, Artículo 12 (Prohibición de las transacciones desleales)

Finalmente, es posible indicar que en la legislación de Corea del Sur se pueden encontrar diferentes referentes sobre la reglamentación del contrato de franquicia, por lo que se puede deducir de ésta que su naturaleza no termina siendo tan atípica, como por el contrario ocurre en el caso colombiano. Por esta razón es que se hace necesario acudir al uso de referencias teóricas que permitan introducir y analizar instituciones jurídicas que aún no han sido lo suficientemente desarrollados por el legislador colombiano.

Lo anterior, se deduce del reciente ingreso del Estado colombiano al comercio internacional, a través de tratados de libre comercio, en los que aún se siguen puliendo detalles para el logro de mejores resultados y utilidades y, para establecer estrategias que, desde lo jurídico, permitan garantizar la protección de los intereses de ambas partes en la suscripción de contratos de naturaleza comercial internacional, como lo es en el caso de la franquicia.

El presente artículo permite así introducir una reflexión necesaria y pertinente, ante el número de tratados de libre comercio que Colombia suscribe, no sólo con Corea del Sur, sino también con otros Estados con los que de igual manera, se presentan retos, en el momento de precisar acuerdos de beneficios para ambas partes en común.

En el mismo sentido, el identificar referencias secundarias importantes sobre el tema de la franquicia, obliga a revisar las que existen en el escenario anglosajón. Aspecto este para nada caprichoso, si se entiende que este tipo de contratos han tenido origen en la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos, en donde ha tenido un mayor desarrollo jurídico²¹.

²¹ El presente trabajo considera la importancia de revisar trabajos de gran valor en lo relacionado con el contrato de franquicia, referente a autores que hoy hacen doctrina en cuanto

CONCLUSIONES

El contrato de franquicia en la actualidad es bastante llamativo y de cara al Tratado de Libre Comercio con Corea del Sur, presenta una oportunidad tanto de llevar a ese país asiático modelos de negocios colombianos, con un riesgo limitado, puesto que es el franquiciado quien pone el músculo económico y su conocimiento del mercado local, a cambio de una marca y un know how, y en caso contrario también tiene la oportunidad de traer marcas y conocimiento de Corea del Sur que puedan innovar el mercado nacional.

Las medidas de protección se circunscriben a un conocimiento del comercio internacional y en especial de las especificidades de la región, en ese sentido el modelo Coreano se acoge sin sorpresas al modelo estándar, por lo que un planeamiento previo de las condiciones del negocio de franquicia sobre el uso de las marcas, nombres y signos, venta de bienes o servicios con unos métodos y normas de calidad, así como de las cuotas de instalación y periódica, así como de las herramientas de solución de conflictos, es suficiente para llegar a una ejecución contractual satisfactoria, por lo menos en lo concerniente a la transmisión y ejecución de la franquicia.

El gobierno de Corea del Sur es estricto en la aplicación de las leyes comerciales y en años recientes ha posado sus ojos sobre el contrato de franquicia, por lo que la observancia a las obligaciones adquiridas y al ordenamiento jurídico permitirá un ejercicio adecuado de las normas

a los alcances, límites, ventajas y retos que tiene la implementación de un contrato de franquicia en el comercio internacional. Al respecto revisar: ALON, Ilan, *Franchising globally, innovation, learning and imitation*. Palgrave Macmillan, 2010. BEERE, Rosalind, *the role of franchising on industry evolution. Assessing the emergence of franchising and its impact on structural change*. Palgrave Macmillan, 2017. BOROIAN, Donald and CALLAWAY, Patrick. *Franchising your business. An owner's guide for franchising as a growth option*. Francorp Inc. 2008. BOWREY, Khaty and HANDLER, Michael. *Law and Creativity in the age of the entertainment franchise*. Cambridge University Press. 2014.

comerciales tanto para seguridad jurídica de las partes, como para una eventual resolución de conflictos. Sin embargo, y como se ha podido precisar en el presente trabajo, el hecho de que existan referencias legales en el Estado de Corea del Sur, sobre el uso de la franquicia, no quiere decir esto que en Colombia dicha reglamentación cuenta con el mismo desarrollo.

Siendo esta la razón por la cual, se ha propuesto que desde el marco teórico de una teoría en concreto se mire la posibilidad de usar nuevas fuentes del Derecho, que en este caso están relacionadas con el tratado de libre comercio en sí mismo, al incluirse al mismo nivel de las disposiciones constitucionales colombianas.

En este mismo sentido el derecho comercial internacional, en especial el que desarrolla Corea del Sur influenciado por las formas anglosajonas, dentro de las cuales los contratos atípicos son la regla, no la excepción como en el derecho comercial nacional, resulta ser una ventaja, más que una dificultad, si se entiende que desde la teoría del monismo impuro, se pueden considerar fuentes del Derecho nuevas, existentes precisamente en el ordenamiento internacional. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de hacer homogéneas algunas figuras y normas mínimas a nivel de la legislación comercial internacional, el conocimiento de las particularidades de cada país permite evitar inconvenientes provenientes de la inseparable concepción particular, producto de las políticas, la legislación y los usos y costumbres arraigados en cada nación.

El modelo internacional de Corea del Sur es digno de ser estudiado, la admirable recuperación económica de esta nación asiática, lograda a través de políticas comerciales que consiguieron un equilibrio entre las importaciones, exportaciones y protección a la empresa nacional, puede ser compatible con la

actualidad colombiana, por lo que aprovechar su experiencia y eventualmente por intermedio del contrato de know-how, tener conocimiento tecnológico disponible, presenta una oportunidad histórica para potenciar el desarrollo del país.

Colombia no puede limitar el Tratado de Libre Comercio con Corea del sur a la salida exclusiva de bienes de los sectores agropecuarios, mineros y similares, un adecuado estudio y promoción del gobierno colombiano en búsqueda de nuevas oportunidades de crecimiento de sectores que se puedan ver beneficiados con franquicias brinda la opción de convertir a Colombia en una potencia regional, como ya países con condiciones similares lo han hecho.

Un Tratado de Libre Comercio con estas dimensiones debe ser acompañado de un esfuerzo académico que permita advertir las oportunidades de negocio disponibles, las mejores herramientas contractuales, exponiendo de forma clara sus ventajas y desventajas, dado que el Estado renuncia a la generación de ingresos por concepto de aduanas e impuestos, en búsqueda de un bien mayor, como lo es el progreso de la nación, más que el beneficio particular enfocado en determinado sector comercial cercano al gobierno.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ALFARO RODRIGUEZ, Marco Vinicio. "El Know How y su aplicación práctica en el contrato de franquicia". *Revista judicial*, Costa Rica, No. 109, septiembre de 2013.
2. ALVAREZ, Alejandro, "Latin America and International Law", 1909, vol. 3, No. 2, *The American Journal of International Law*, p. 273
3. ALON, Ilan, *Franchising globally, innovation, learning and imitation*. Palgrave Macmillan, 2010.
4. ARRUBLA-PAUCAR, Jaime Alberto, *Contratos mercantiles III*, Diké, Medellín, 2006.
5. BRAVO MELGAR, Sidney Alex, *Contratos modernos empresariales*, tomo I, Editorial Fecat, Lima, 1997.
6. BEERE, Rosalind, *the role of franchising on industry evolution. Assessing the emergence of franchising and its impact on structural change*. Palgrave Macmillan, 2017.
7. BERGSMO, Morten. RODRIGUEZ-GARAVITO, César, KALMANOVITZ, Pablo & SAFFON, María Paula (Eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2010.
8. BLAIR, Roger D., *The economics of franchising*. Cambridge University Press. 2005.
9. BOROIAN, Donald and CALLAWAY, Patrick. *Franchising your business. An owner's guide for franchising as a growth option*. Francorp Inc. 2008.
10. BOWREY, Khaty and HANDLER, Michael. *Law and Creativity in the age of the entertainment franchise*. Cambridge University Press. 2014.
11. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Contratos de Licencia y de Transferencia y de Tecnología en el Derecho Privado*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980.
12. CASTRO-RUIZ, Marcela; Giraldo-Bustamante, Carlos Julio; Remolina-Angarita, Nelson & Varón-Palomino, Juan Carlos, *Contratos atípicos en el derecho contemporáneo colombiano (Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Cámara de Comercio de Bogotá, CCB, Fundación*

Universitaria Empresarial de la Cámara de Comercio de Bogotá, Uniempresarial, Bogotá, 2006).

13. CATONI, Jean, *La rupture du contrat d'agent commercial*, Sirey, Paris, 1970.
14. CONDON, Bradly, "Trato nacional en el gatt y el acuerdo general sobre comercio de servicios de la omc", Universidad Nacional Autónoma de México, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 2013.
15. DE GREIFF, Pablo & DUTHIE, Roger (Eds.) *Transitional Justice and Development. Making Connections*. New York: Center for Transitional Justice, 2009.
16. ECHEVERRY BOTERO, David Augusto, "The role of property rights in commercial agreements", En: *Brasil Iusta / Universidad Santo Tomás. Facultad De Derecho ISSN: 0121-3008 ed: v.2 fasc.43, 2015*, p.43-66.
17. FOLSOM, Ralph; Wallace-Gordon, Michael & Spanogle, John A., *International Business Transactions in a Nutshell*, West Academic Publishing, Saint Paul, Minnesota, 2009.
18. GALGANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
19. GARIAZZO, Alicia, *Tratados de libre comercio y desafíos competitivos para Chile: la extensión de la ISO 9000 (Serie Desarrollo Productivo, 147, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL, Santiago de Chile, 2004)*. Disponible en: <http://archivo.cepal.org/pdfs/2004/S04143.pdf>
20. GOMEZ SEGADE, Esperanza, *Algunos aspectos de la licencia del Know How*, en *actas de derechos industrial*, Editorial Montecorvo, España, tomo 7, 1982.
21. GUZMAN ESPICHE, Ruiz, *Algunas consideraciones del contrato de Know How*, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*, Número 2, 2008.
22. GREGORY, William A. & Hurst, Thomas R., *Unincorporated Business Associations*, 3 ed., Thomson, West Academic Publishing, Saint Paul, Minnesota, 2006.

23. GUARDIOLA-SACARRERA, Enrique, La compraventa internacional: importaciones y exportaciones, Bosch, Barcelona, 2001.
24. GUERRERO-GAITÁN, Manuel, Los contratos de transferencia internacional de tecnología: América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
25. International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT, Guide to International Master Franchise Arrangements (International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT, Rome, 2007). Disponible en: <http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/franchising2007-guide-2nd-e.pdf>
26. KISER-RODRÍGUEZ, Luis, Franquicias, la elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada, Nathan Associates, Lima, Perú, 2009. Disponible en: <http://www.crecemype.pe/portal/images/stories/files/Franquicias.pdf>
27. LLAIN-ARENILLA, Shirley & INSIGNARES-CERA, Silvana, “Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al contrato de franquicia internacional”, 132 *Vniversitas*, 2016
28. LÓPEZ-GUZMÁN, Fabián, El contrato de franquicia internacional. Un modelo estratégico empresarial, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
29. LÓPEZ GUZMÁN, Fabián, Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
30. LÓPEZ GUZMÁN, F., & MORGESTEIN SÁNCHEZ, W. La unificación del régimen jurídico de la formación del contrato de compraventa en Colombia, *Vniversitas*, 58 (118), 2009, págs., 81-114.
31. MARZORATI, Osvaldo J., Sistemas de distribución comercial, 3a ed., Astrea, Buenos Aires, 2008.
32. MONTT, Santiago. State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation. Oxford: Hart Publishing, 2012.
33. OLARTE BACARES, Carolina, *The articulation of international investment law and human rights: the Latin-American case*, Bogotá, Editorial Javeriana, 2017.

34. ORTEGA-GIMÉNEZ, Alfonso, El contrato de franquicia internacional: hacia la idea global de empresa, España Exportación e Inversiones, ICEX, Madrid, 2010.
35. PEREZ VARGAS, Víctor, El contrato de franquicia comercial (franchising), la regulación de las franquicias comerciales en Europa y su posible incidencia en América Latina, Revista Judicial, Costa Rica, Número 56, 1992.
36. PERILLA, J, (2017). La agencia mercantil desde el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos, *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 17 (33), 17-38, doi: 10.22518/16578953.911.
37. PERILLA, J. S. A., (2016). El monismo impuro desde el Bloque de Constitucionalidad colombiano. En W. Alvez de Souza y R. Rabinovich – Berkman (comps.) *Barajar y dar de nuevo: trabajos sobre temas de derecho, de sociología y de historia jurídicas, dedicados a la profesora Dra, Andrea Gastron*, (pp. 395 – 411) Salvador, Bahia (Brasil): Editoria Dois de Julho.
38. PUENTE-MUÑOZ, Teresa, El contrato de concesión mercantil, Editorial Montecorvo, Madrid, 1976.
39. QUINTERO-DELGADO, Pablo José, El contrato de franquicia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá, 2012
40. SCHMIDT, Torsten. An Analysis of Intrabrand Competition in the Franchise Industry. *Review of Industrial Organization*, 9, 1994, págs., 293–310.
41. SCOTT, Frank A., Franchising vs. Company Ownership as a Decision Variable of the Firm. *Review of Industrial Organization*, 10, 1995, págs., 69–81.
42. SEATON, Jonathan S. An Analysis of UK Franchise Contracting 1989–1999, *Managerial and Decision Economics*, 24, 2003, págs., 25–34.
43. SEN, Kabir C. The Use of Initial Fees and Royalties in Business Format Franchising, *Managerial and Decision Economics*, 14, 1993, págs., 175–190.
44. SEN, Kabir C. Advertising Fees in the Franchised Channel, *Journal of Marketing Channels*, 4, 1995, págs., 83–101.

45. SHAFFER, Gregory, "Trantitional Legal process and state change", in *Law and Social Inquiry*, Vol. 37, 2012, págs, 229 264
46. SHANE, Scott A., Hybrid Organizational Arrangements and Their Implications for Firm Growth and Survival: A Study of New Franchisors, *Academy of Management Journal*, 39, 1996, págs, 216–234.
47. VANEGAS-SANTORO, Antonio, El contrato de franquicia, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999.
48. VELASQUEZ RUÍZ, Marco A., *The Colliding Vernacullars of Foreign Investment Protection And Transitional Justice In Colombia: a Challenge for the law in a global context*, a dissertation submitted to the Faculty of Graduate Studies in partial fulfillment of the requirements for the Degree of Doctor of Philosophy, Graduate Program in Law, York University Osgoode Hall Law School, Toronto, Ontario, may 2016