

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA CELEBRADO CON MULTINACIONALES  
DEL SECTOR DE ALIMENTOS Y SUS CARACTERÍSTICAS COMO  
CONTRATO DE ADHESIÓN**

**LUIS GABRIEL MELO ERAZO**

**DIRECTOR:**

**NICOLAS LOZADA PIMIENTO**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO  
BOGOTÁ  
2018**

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Antecedentes.....	3
1.2. Justificación .....	6
1.3. Metodología .....	7
1.3.1. Técnicas de investigación propuestas.....	7
1.3.2. Tipología de investigación propuesta .....	8
1.4. MARCO CONCEPTUAL .....	8
1.4.1. Otros contratos de colaboración empresarial .....	9
1.4.2. Formulación del problema de investigación.....	12
2. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA .....	13
2.1. Concepto de contrato de franquicia .....	13
2.2. Contrato de franquicia en Colombia.....	15
2.3. Normatividad aplicable al contrato de franquicia .....	16
2.4. Elementos de tipo personal.....	19
2.4.1. El franquiciador o franquiciante .....	19
2.4.2. El franquiciado .....	20
2.5. Elementos reales.....	21
2.5.1. Licencia de marca .....	21
2.5.2. Know-how .....	23
2.5.3. Asistencia técnica y contable .....	28
2.5.4. Valor o precio.....	28
2.5.5. Territorialidad o exclusividad .....	29
3. CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN .....	31
3.1. Componentes esenciales.....	32
3.2. Características de la modalidad de un contrato de adhesión .....	33
4. CONTRATO DE FRANQUICIA COMO CONTRATO DE ADHESIÓN.....	37
4.1. La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del contrato de franquicia como contrato de adhesión.....	39
4.2. Atributos del contrato de adhesión con respecto al contrato de franquicia en el sector de alimentos .....	48
4.3. Características del contrato de franquicia como contrato de adhesión según la SIC .....	50
4.4. Análisis de un contrato de franquicia celebrado por adhesión.....	53
4.5. Contratos de franquicia mediante contratos de adhesión en Latinoamérica ...	54
5. CONCLUSIONES.....	63
5.1. RESULTADOS OBTENIDOS.....	63
5.2. RECOMENDACIONES .....	65
5.3. CONCLUSIÓN GENERAL .....	67
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68
APÉNDICE .....	77

**LISTA DE TABLAS****Pág.**

Tabla 1. Normas relativas a la franquicia en Colombia .....	17
---	----

**LISTA DE ANEXOS**

**Pág.**

Anexo A. Ejemplo de contrato de franquicia celebrado por adhesión en Colombia  
.....77

## RESUMEN

En este trabajo se estudian los elementos del contrato de franquicia con multinacionales del sector de alimentos que lo caracterizan como un contrato de adhesión. Para ello, se estudian los principios legales que regulan el contrato de franquicia y su atipicidad, se compara la estructura jurídica del contrato de franquicia frente a los elementos que caracterizan la modalidad de un contrato de adhesión a fin de examinar las implicaciones jurídicas del mismo en cuanto a sus particularidades como contrato de adhesión.

A partir de esos elementos, se analizarán mecanismos que permitan mejorar el equilibrio entre las partes que suscriben estos contratos. Estos mecanismos podrían incluir, entre otras opciones, la creación de agremiaciones de franquiciados para fortalecer su posición de negociación, el establecimiento de códigos o tribunales de ética que se encarguen de juzgar situaciones que puedan caracterizarse como abusos de la modalidad de los contratos de adhesión.

El trabajo se encuentra organizado en cinco capítulos y el primero es la introducción, que incluye los antecedentes, las razones que justifican el desarrollo del trabajo, su metodología y el marco conceptual, el segundo los elementos básicos del contrato de franquicia. Las características de un contrato de adhesión se desarrollan en el capítulo tercero y en el cuarto capítulo se desarrolla el debate sobre los elementos del contrato de franquicia que corresponden con los de un contrato de adhesión. El capítulo quinto recoge las conclusiones y recomendaciones del trabajo.

**Palabras claves:** contrato de franquicia, contrato de adhesión, sector alimentos, multinacionales.

## ABSTRACT

This work studies the elements of the franchise contract with multinationals of food sector that assimilate it to the adhesion contract. For this, the legal principles that regulate the franchise contract and its atypical are studied, the legal structure of the franchise contract is compared with the elements that typify the adhesion contract in order to examine the legal implications of the same in terms of their characteristics such as adhesion contract.

Based on these elements, mechanisms that improve the balance between the parties that sign these contracts will be analyzed. These mechanisms could include, among other options, the creation of franchisees' associations to strengthen their negotiating position, the establishment of codes or ethics courts that are in charge of judging situations that can be classified as abuses of the type of adhesion contracts.

The work is organized into five chapters and the first is the introduction, which includes the background, the reasons that justify the development of the work, methodology and framework is presented, in the second the basic elements of the franchise contract. The characteristics of the adhesion contract are developed in the third chapter and in the fourth chapter the debate takes place on the elements of the franchise agreement that correspond to those of the adhesion contract. The fifth chapter includes the conclusions and recommendations of the work.

**Key words:** franchise contract, adhesion contract, dominant position.

## 1. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con las cifras publicadas por el DANE (2017), en 2003 existían 103 marcas que operaban bajo la modalidad de franquicia en el sector de alimentos y en 2016 esa cifra pasó a más de 450 redes; la importancia de esta modalidad de negocios también motiva el interés de la Cámara de Comercio de Bogotá, institución que señala que *“en los últimos años el negocio de las franquicias nacionales e internacionales en nuestro país ha tenido un crecimiento sostenido, siendo de un 7 % en 2015”* (2017, pág. 1). Teniendo en cuenta esas cifras, desde el punto de vista social, el desarrollo del presente trabajo se justifica en la medida en que el desplazamiento de la población colombiana de las zonas urbanas a los centros urbanos que se ha presentado en los últimos decenios ha generado, entre otras consecuencias, el incremento de los centros comerciales y otro tipo de establecimientos de comercio en los que se ofrecen cada vez más productos y servicios de comidas desarrollados mediante la modalidad de franquicia. Esta situación refleja que cada vez más inversionistas han optado por esta modalidad de negocio, por lo cual se requiere que las normas que regulan esa actividad sean claras y transparentes para las partes.

Desde el punto de vista eminentemente legal, en los contratos de franquicia, particularmente frente a multinacionales del sector de alimentos, el franquiciador normalmente es una empresa que ya tiene tradición y experiencia en el negocio, además que cuenta con el capital necesario para contratar expertos abogados que defienden sus intereses y redactan los términos de los contratos con el interés primordial de mejorar sus condiciones dentro del negocio. Al otro lado de la mesa está con frecuencia un inversionista particular que está exponiendo un alto porcentaje de su patrimonio y que no cuenta con el mismo

respaldo jurídico, así como tampoco con el mismo nivel de conocimiento del mercado que tiene su contraparte.

En este escenario de asimetría se hace necesario hacer un análisis crítico y propositivo que sirva como referencia para identificar mecanismos cada vez más equitativos, que hagan sostenible el desarrollo de los contratos de franquicia en el sector de alimentos, en beneficio de todas las partes interesadas. Si bien el trabajo hace énfasis en las franquicias de la industria de alimentos, a lo largo del trabajo se hace necesario tratar algunos aspectos de carácter general, en la medida en que se trata de asuntos que aplican también para esta industria o se requieren para tener una visión amplia del problema objeto de estudio.

El propósito de este escrito consiste en evidenciar las características del contrato de franquicia y de su proceso de negociación que podrían hacer que en la práctica éste se realice por adhesión, en la medida en que el franquiciado no esté facultado para incidir en la modificación de las cláusulas que regirán la relación contractual.

El escrito se refiere a la franquicia de alimentos, teniendo en cuenta que éste tiene algunas características diferentes a otras actividades como servicios, juegos, ropa, lavandería, hoteles, entre otros. En efecto, de acuerdo con Loo Sagastegui, Balvin, y Valverde Wilmang (2017) las franquicias de alimentos presentan unos factores críticos de éxito propios, diferentes a los que se presentan en otro tipo de franquicias, lo que supone unos riesgos también diferentes. De acuerdo con Rodríguez Guerrero (2017), las franquicias de alimentos, a diferencia de otras, pueden involucrar aspectos como el suministro de algunos ingredientes protegidos por patentes, el extenso entrenamiento en la manipulación de alimentos para garantizar la uniformidad de los sabores, el empleo de equipos desarrollados exclusivamente para una determinada marca,

entre otras; estas características pueden constituirse en elementos que fortalecen la posición de negociación del franquiciador frente al franquiciado.

### **1.1. Antecedentes**

Según Monserrat et al (2014), en Colombia es muy difícil identificar las empresas que utilizan las franquicias como modo de organización, debido a que no existe una base de datos confiable que contenga una lista de empresas franquiciadoras, a que algunas empresas franquiciadoras no han empezado a desarrollarse en el país a través de franquicias sino a través de puntos de venta propios y a que no todas las empresas que tienen una red de venta son franquiciadoras.

Los países de origen más frecuentes de los franquiciadores son Colombia, con cerca del 21% y Estados Unidos con cerca del 7% (Danies Conde, 2016); lo anterior implica que para los franquiciados que negocian con franquiciadores extranjeros del sector de alimentos, a las complejidades propias de su actividad deben agregarse las derivadas de la fluctuación de la tasa de cambio. Cerca de un tercio de las franquicias tiene una trayectoria menor de cinco años, mientras que un 25% tiene entre 11 y 20 años y otro 25% más de 20 años (Danies Conde, 2016). Estas cifras muestran que sí bien cerca del 50% supera los 11 años de trayectoria, otro tanto no alcanza ese límite.

El estudio de Monserrat et al (2014) también reporta que el principal motivo por el cual los franquiciadores decidieron adelantar esta modalidad de negocio fue la de lograr una cobertura del mercado más rápida de la que obtendrían si lo hicieran por métodos diferentes, además de que con el desarrollo del negocio con los franquiciados, es posible tener un mejor conocimiento del mercado local. Esta situación refleja que las dos partes aportan en el desarrollo del contrato de

franquicia, aunque aspectos como el conocimiento del mercado son difícilmente cuantificables en términos económicos.

El 47% de los establecimientos de negocio que operan por la modalidad de franquicia tienen menos de 10 empleados y sólo el 11.4% tienen más de 100; esta situación confirma que en la mayoría de los casos este negocio es desarrollado por microempresarios, según la clasificación dispuesta en la Ley 905 de 2004.

De acuerdo con el trabajo de Plazas (2015) *“Estados Unidos se ha visto obligado a expedir normas que protejan las partes que participan en este modelo de negocios, buscando así evitar comportamientos negativos y oportunistas; por tanto, Colombia debe avanzar en este tema y formular una ley que regule el Contrato de Franquicia y que además respete los elementos que integran este sistema comercial: Know How, asistencia técnica y uso de la marca. También esta ley debe contemplar la creación de elementos que permitan la protección del derecho marcario afectado”*.

Por su parte, Molina (2017), en su trabajo de análisis normativo del contrato de franquicia internacional y de su práctica comercial, concluye que se encuentra pendiente de resolver el aporte sustancial que las decisiones arbitrales de nivel internacional pueden ofrecer para la identificación del marco que regule el contrato internacional de franquicia, dado que dichas fuentes no logran aportar suficiente información para el desarrollo de ese tema.

El contrato de franquicia es considerado por algunos inversionistas como una oportunidad de aprovechar el conocimiento de empresas que son expertas en el negocio del cual son franquiciadores, las cuales se supone que conocen de esa actividad a lo largo de todo el ciclo, es decir, no solamente en los aspectos operativos relacionados con la elaboración de los productos o la prestación de los servicios, sino además con la gestión administrativa, laboral, financiera, legal

y de mercadeo. (Molina Arias, 2017)

Sin embargo, el verdadero respaldo que un franquiciador le brinda a su franquiciado solamente se puede evaluar cuando surgen los inconvenientes durante la ejecución del contrato. De acuerdo con González (2014), el franquiciado puede esperar que, como contraprestación a los derechos que paga para explotar la marca, el franquiciador los asesore para tomar las mejores decisiones en todos los aspectos de su negocio, con el fin de reducir el riesgo que tendría que correr si, en cambio de pagar por ese derecho, decidiera asumir otro negocio por cuenta propia. Por otra parte, la empresa dueña de la franquicia puede tener sus propias expectativas frente a estas situaciones, y podría considerar que el hecho de que las utilidades del negocio se distribuyan con el franquiciado, se debe a que también los riesgos de la actividad son compartidos.

De acuerdo con Agudelo y Chung (2014), en Colombia durante los años setenta del Siglo XX empezaron a tener interés por tener presencia las franquicias en el sector de comidas rápidas a través de marcas como McDonald's y Wimpy, lo que llevó a numerosas compañías de todos los sectores a sumarse a este método de expansión. A pesar de ese interés, en ese entonces existían inconvenientes jurídicos, pues no estaba permitido retribuir regalías al exterior a cambio de obtener conocimientos tecnológicos en aspectos organizacionales, administrativos o comerciales, tal como se hacía ya con aspectos técnicos tangibles. La primera franquicia en instalarse formalmente en Colombia fue Burger King, que logró abrir siete restaurantes en los primeros seis años de operación. A mediados de la década de los noventa surgen las franquicias de empresas colombianas, encabezadas por la marca Kokoriko, que fue seguida por Presto y Frisby. (Arango González & Aguirre Duque, 2016)

Los mecanismos a través de los cuales se configura la relación entre el franquiciado y el franquiciador podrían hacer que en la práctica el contrato que

los vincula corresponda a la modalidad de los contratos de adhesión. Adicionalmente, en esta relación comercial, el franquiciador como empresa multinacional del sector de alimentos, es habitualmente una organización con mayor fortaleza económica, lo que además les facilita el acceso a mejores mecanismos de asesoría jurídica y por consiguiente la imposición de las condiciones contractuales. Esos elementos pueden conducir a un desequilibrio en las correspondientes contraprestaciones contractuales, por lo cual en el presente trabajo se estudiará la legislación colombiana relacionada con el contrato de franquicia y su caracterización como contrato de adhesión.

## **1.2. Justificación**

De acuerdo con las cifras publicadas por el DANE (2017), referidas en la introducción, desde el punto de vista social, el desarrollo del presente trabajo se justifica en la medida en que el desplazamiento de la población colombiana de las zonas urbanas a los centros urbanos que se ha presentado en los últimos decenios ha generado, entre otras consecuencias, el incremento de centros comerciales y otro tipo de establecimientos de comercio en los que se ofrecen cada vez más productos y servicios en el sector de alimentos desarrollados mediante la modalidad de franquicia.

Desde el punto de vista eminentemente legal, en los contratos de franquicia celebrados con multinacionales del sector de alimentos, el franquiciador habitualmente es una empresa que ya tiene tradición y experiencia en el negocio, además de contar con un capital necesario para contratar expertos abogados que defienden sus intereses y redactan los términos de los contratos con el interés primordial de reducir los riesgos desde el punto de vista de esa parte del negocio. Al otro lado de la mesa está con frecuencia un inversionista particular que está exponiendo un alto porcentaje de su patrimonio y que no

cuenta con el mismo respaldo jurídico, así como tampoco con el mismo nivel de conocimiento del mercado que tiene su contraparte.

El franquiciado, como neófito del mercado que pretende aprovechar por medio del contrato de franquicia, necesita identificar sus características jurídicas, como base para poder comprender su situación legal y evaluar el alcance y las implicaciones de los clausulados, ya sea en el proceso de evaluación del negocio, o en el momento en que llegaran a surgir conflictos de intereses con su contraparte.

### **1.3. Metodología**

#### **1.3.1. Técnicas de investigación propuestas**

En primer lugar, se estudiarán los principios legales que, de manera general, regulan el contrato de franquicia y su atipicidad.

A continuación, se comparará la estructura jurídica del contrato de franquicia con los elementos que caracterizan la modalidad del contrato de adhesión. A partir de esos elementos, se analizarán mecanismos que eviten el abuso y desequilibrio que se pueden reflejar en la modalidad de un contrato de adhesión y para el caso particular de los contratos de franquicia. Estos mecanismos podrían incluir, entre otras opciones, la creación de agremiaciones de franquiciados para fortalecer su posición de negociación, el establecimiento de códigos o tribunales de ética que se encarguen de juzgar situaciones que puedan caracterizarse como abusos de los clausulados propios de la modalidad de un contrato de adhesión, u otros mecanismos por medio de las cuales los contratos de franquicia puedan ejecutarse en condiciones de mayor equilibrio jurídico entre las partes.

### **1.3.2. Tipología de investigación propuesta**

La investigación se plantea bajo la metodología cualitativa de análisis de contenido, con alcance tanto exploratorio como propositivo. Corresponde a la metodología cualitativa porque no pretende demostrar la hipótesis de estudio mediante métodos numéricos o estadísticos, sino mediante la profundización en el conocimiento de las cualidades del fenómeno objeto de estudio (Hernández Sampieri, 2010). Así mismo es exploratoria porque su desarrollo se basa en la exploración de estudios de carácter jurídico sobre el contrato de franquicia y los contratos de adhesión y es propositiva porque, a partir de esa exploración, se procede a analizar mecanismos que eviten el abuso de los clausulados empleados en la modalidad de contratos de adhesión en las franquicias.

### **1.4. MARCO CONCEPTUAL**

Existen diferentes modalidades contractuales a través de las cuales las partes interesadas pueden acordar de manera libre y autónoma las condiciones por medio de las cuales se regulará su relación comercial. De manera general esos contratos se conocen como contratos de colaboración empresarial y la distinción de algunas modalidades resulta precisa para el apropiado abordaje del problema jurídico que se aborda en la presente investigación.

En virtud del artículo 38 de la Constitución Política de Colombia que consagra la libertad de asociación, algunas personas naturales y/o jurídicas deciden conformar diferentes modalidades de contratos de colaboración, con el propósito de acceder a oportunidades de negocio en las que pueden obtener mayores beneficios al vincularse con terceros que les puedan aportar ventajas que a nivel individual no tienen.

### 1.4.1. Otros contratos de colaboración empresarial

Otra modalidad de contrato de colaboración es el *joint venture*, que les permite a dos o más empresas que desarrollan de manera independiente sus actividades, integrarse para emprender la operación de un negocio que usualmente es complementaria a las que desarrollan cada una ellas, con lo cual logran constituir una nueva oportunidad de negocio, mediante un nuevo producto y/o empleando una nueva tecnología (Romero Zabala, 2017). Las empresas que deciden colaborar mediante esta modalidad, pueden continuar con sus actividades normales en las actividades que mantengan de manera independiente, mientras que en el contrato de colaboración que los vincule, explotarán el mercado mediante esfuerzos y riesgos compartidos, dado que el control de esa nueva operación se lleva a cabo de manera compartida.

En el *joint venture* es usual que la participación de las partes sea igualitaria, aunque ese no es un requisito esencial, por lo que las participaciones económicas pueden ser asimétricas; adicionalmente, los aportes pueden ser en dinero o en especie, por ejemplo, mediante *know how*, tecnología, canales de distribución, etc. Adicionalmente, las empresas pueden tener origen en países diferentes. Arias, al referirse a esta modalidad señala:

El contrato de riesgo compartido es un instrumento contractual que responde a la necesidad de movilizar capitales en búsqueda de alta rentabilidad y correlativa reducción de riesgo, en el que las partes se juntan con un criterio de coparticipación que asume las más diferentes formas y matices. No existe, pues, una definición exacta y final de este contrato, sino que hay varios conceptos del mismo según sean las modalidades que aparezcan en su concertación. Pero, sin duda alguna, coincidimos con quienes señalan que se trata de un instrumento destinado a establecer o fortalecer vínculos entre empresas que buscan un propósito común destinado a poner en marcha un negocio o

modernizar uno que ya existe. En este contrato pueden las partes actuar de modo individual o crear una empresa que tenga personería jurídica y patrimonio propio. (Arias Schreiber, 2011)

Romero (2017) enumera las siguientes características del contrato de *joint venture*: en primer lugar, es un contrato consensual, dado que se requiere únicamente la declaración de voluntad de las partes contratantes, mientras que la forma escrita no es condición *sine qua non* para su validez; también se puede catalogar un contrato atípico, debido a que carece de una específica regulación legal. Es considerado oneroso, porque cada una de las partes asume obligaciones que determinan la distribución de beneficios y pérdidas económicas; así mismo contiene prestaciones recíprocas, dado que esos aportes o contribuciones resultan exigibles en cuanto el otro contratante cumpla con la que le respecta.

Se considera un contrato de colaboración, al considerar que ambas partes destinan esfuerzos a un resultado común, por lo que las contribuciones buscan crear intereses comunes. Romero (2017) también lo cataloga como principal, debido a su autonomía propia y por no estar condicionado a ningún otro contrato precedente. Adicionalmente es un contrato *ad hoc* puesto que se destina a un proyecto especial, previamente establecido en sus alcances y campos de aplicación, y es contrato de participación, por buscar la utilidad común, la cual se reparte entre las empresas contratantes. Se clasifica de representación recíproca, pues cada parte puede representar y obligar a las demás en sus relaciones frente a terceros. El contrato de *joint venture* es de control conjunto, característica que se deriva de que las partes contratantes deben supervisar o vigilar el desarrollo de las actividades durante la ejecución del proyecto. Por último, es un contrato de tracto sucesivo, pues no se persigue su ejecución inmediata o instantánea.

Varias de estas características son comunes a otras modalidades de contratos de colaboración empresarial; por ejemplo, Díaz (2016) señala que el contrato de franquicia se considera de colaboración entre empresas independientes, en cuanto se trata de un modo especial de desarrollo empresarial orientado a ganar difusión, para utilizar la libertad contractual en la configuración de reglas jurídicas que son mutuamente vinculantes.

El contrato de cuentas de participación, es regulado en los artículos 507 al 514 del Código de Comercio, supletorios de normas para la sociedad en comandita simple. Mediante éste, dos o más comerciantes ejecutan una o varias operaciones mercantiles, que uno de ellos debe ejecutar en su solo nombre, quien además será reputado como único dueño en las relaciones externas, con la obligación de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas de acuerdo con las proporciones acordadas. La participación no se configura en una persona jurídica nueva, lo que hace que carezca de nombre, patrimonio social y domicilio. Su conformación y sus modificaciones se pueden probar a partir de libros, testimonios, correspondencia o cualquier otro medio de prueba legal y la ley establece libertad de solemnidades, dado que los términos del contrato, incluyendo el objeto, el interés, la forma, y demás condiciones se rigen por los acuerdos de los participantes. (Parra Pardo, 2015)

El contrato de cuentas de participación es consensual, bilateral, oneroso, principal, y conmutativo; esto último se desprende del hecho de que cada una de las partes está obligada a dar o hacer una cosa que se toma como equivalente a lo que la otra parte debe hacer o dar. (Arias & Navia, 2015)

### **1.4.2. Formulación del problema de investigación**

De acuerdo con la información arriba expuesta, el contrato de franquicia tiene en Colombia una aplicación permanente, dado que constituye una oportunidad para muchos inversionistas que disponen de cierto capital, pero al mismo tiempo carecen de las herramientas necesarias para iniciar su negocio y poder aprovechar las oportunidades que ofrece el mercado.

Sin embargo, su ejecución no está libre de riesgos; esos riesgos no solamente se refieren a los propios de cualquier actividad empresarial, pues se supone que precisamente esta modalidad está diseñada para que el franquiciador le transmita al franquiciado el conocimiento necesario para sortear tales riesgos siguiendo unos métodos que ya han sido probados con éxito para el producto y para el mercado involucrados.

Uno de esos otros riesgos del contrato de franquicia, como contrato especial de colaboración, es el que se deriva de la aplicación de clausulados estándar, previamente definidos por el franquiciador con base en su experiencia en el negocio. Este tipo de clausulados, entre otros elementos, pueden hacer que el contrato de franquicia se caracterice dentro de la modalidad de un contrato de adhesión. Sin embargo, otras características o elementos del contrato de franquicia, como el *know how*, los elementos de tipo personal y los elementos reales, entre otros, generan diferencias jurídicas propias, por lo cual surge el siguiente problema jurídico: ¿Cuáles son los elementos del contrato de franquicia con multinacionales del sector de alimentos que lo caracterizan como un contrato de adhesión?

## **2. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Para poder dar respuesta a la pregunta de investigación previamente planteada, en este capítulo se aborda la caracterización de los elementos básicos del contrato de franquicia, en la medida en que permita inferir su caracterización frente a la modalidad de un contrato de adhesión.

### **2.1. Concepto de contrato de franquicia**

El contrato de franquicia se puede definir como aquel método de mercantilización de artículos, servicios y/o tecnologías, fundamentado bajo el apoyo que se genera entre entidades jurídicas y de inversión diferente y totalmente autónomas (Ochoa Pesántez, 2014). En este tipo de contrato donde interviene el franquiciador, quien es el que establece los derechos y le implanta a sus franquiciados el deber de comercializar una empresa en base a sus preceptos. Por lo tanto, el derecho que le ha sido otorgado, le permite y fuerza al franquiciado, segundo integrante del contrato, en contraprestación de una participación monetaria, a emplear la marca de dichos artículos, servicios y/o tecnologías. Igualmente, le permite utilizar el “*know-how*” (saber hacer) y diferentes derechos de propiedad intelectual amparado por el permanente apoyo comercial y/o especialista, bajo el escenario del contrato denominado de franquicia, el cual, a pesar de ser consensual, en la práctica se acostumbra a establecer por escrito importantes aspectos de interés de las partes intervinientes.

El concepto de “*know how*”, de acuerdo con Guzmán (2005), se refiere a aquello que se tiene cuidadosamente reservado y oculto, pues involucra un conocimiento que la persona natural o jurídica posee de manera exclusiva; ese

conocimiento se diferencia de la tecnología, pues ella hace parte del conocimiento público, aunque puede involucrar una aplicación de esa tecnología de una forma que no es conocida por otras personas. La transmisión de ese conocimiento ocupa un lugar prominente dentro del contrato de franquicia, y puede incluir aspectos de carácter comercial, estrategias de mercadeo y la gestión en el desarrollo del negocio (Moreno Velilla, 2016). Por tratarse de conocimientos se constituyen en un bien jurídico, cuya explotación está protegida por la legislación de cada país. Es por eso que cualquier otra persona que quiera explotar estos derechos debe contar con una licencia otorgada por el titular de los mismos; sin embargo, en algunas ocasiones el simple dominio de ese conocimiento no es suficiente para lograr lucro, pues además requiere aplicarlo a una industria u organización empresarial, como sucede con los contratos de franquicia (Muñoz Jarne, 2016). Debido a esas características, la relación generada por el contrato de franquicia conlleva un nivel de cooperación que tiene un alcance y unas implicaciones mucho más complejas que las que existen entre un proveedor o fabricante y una empresa minorista que desarrollan su relación comercial por medio de otras modalidades de contratos de distribución. (Herrera Navas & Moreno Mosquera, 2009)

De acuerdo con este alcance del concepto de franquicia, su naturaleza genera para las partes responsabilidades que no se presentan en otros contratos comerciales pues se trata de un contrato de tracto sucesivo que implica compromisos, concesiones y beneficios que van más allá de un contrato de suministro o de prestación de servicios, y combina actividades propias de diferentes modalidades de vínculos entre quienes los suscriben. Las implicaciones jurídicas incluyen, además, las propias de los contratos de adhesión, como se verá más adelante.

## **2.2. Contrato de franquicia en Colombia**

La franquicia en Colombia está catalogada como un prototipo de negocio que se encuentra en desarrollo permanente y genera un sostenimiento económico al país, debido a que beneficia a los consumidores ya que les permite conseguir bienes y servicios de marca, buen posicionamiento y categoría, y por otra parte impulsa el emprendimiento, la producción de puestos de trabajo y la inversión de dineros en la economía (Llaine Arenilla & Insignares Cera, 2016). Teniendo en cuenta el punto de vista del empresario, conferir franquicias le facilita a las entidades desarrollarse más rápidamente y subvencionar este desarrollo en determinado sitio con recursos que poseen otros, causa que es analizada como un método de mercadotecnia y que le permite al propietario de la marca propagarse en el mercado a un compás que si se utilizase otro método no se podría lograr. (Franco & Pulecio Tangarife, 2015)

En Colombia ejecutan contratos de franquicia, cerca de 580 marcas, de éstas, alrededor del 52% son extranjeras, contando con la mayor intervención por parte de Estados Unidos, España, México y Brasil. Se estima que en Colombia se hallan implantadas más de 8900 unidades de franquicias, divididas en los sectores y subsectores dentro de los cuales están: Comercio al detal (38%), restaurantes (36%), belleza, salud, educación y servicios cerca del 26% restante (Martínez Salcedo & Vargas Chaves, 2015). Las franquicias en Colombia se han incrementado en los últimos diez años, debido al mejor entendimiento y aprobación de la noción que se tiene de franquicia, e igualmente la transformación que ha tenido la apreciación a nivel internacional del medio empresarial gracias al ingreso de los acuerdos de libre comercio (Cera Insignares, 2015).

Se necesita mayor profundización en cuanto al establecimiento de garantías legales que faculte a los dueños de las marcas y entidades, instaurar

sus franquicias con el aval de contar con herramientas que amparen el know-how que ellos se han encargado de cimentar (Lobo Mejía, 2016).

Las anteriores cifras confirman la importancia de este tipo de contratos, ya no desde el punto de vista jurídico, sino económico, pues los conflictos que pueden surgir entre el franquiciado y el franquiciador involucran montos frecuentemente elevados.

### **2.3. Normatividad aplicable al contrato de franquicia**

Aunque no existe un gran desarrollo de normatividad para los contratos de franquicia en Colombia, como ya se expresó anteriormente, la costumbre mercantil ha instaurado que esta clase de contrato le concede al franquiciante el dominio sobre este vínculo contractual, para que sea él quien conduzca el negocio que se está tratando por medio de la franquicia, buscando que el franquiciado adopte el sistema acatando las normas privadas y en ese sentido resulta importante resaltar que la Cámara de Comercio ha certificado las costumbres mercantiles vigentes para el contrato de franquicia.

La Corte Constitucional ha explicado la libre competencia como se señala a continuación.

*“La protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo”. (Sentencia C-815, 2001)*

En la Tabla 1 a continuación, se establecen algunas de las normas que tienen que ver con el contrato de franquicia.

**Tabla 1. Normas relativas a la franquicia en Colombia**

Norma	Entidad	Atribución
Decreto 2153 de 1992	Ministerio de Desarrollo Económico	Normas sobre libre competencia
Circular externa 10 de 2001	Superintendencia de Industria y Comercio	Trata temas de la libre competencia
Ley 256 de 1996	Congreso de Colombia	Reglamenta las acciones de competencia desleal
Decisiones 291 y 313 de la Comisión de la Comunidad Andina	Acuerdo de Cartagena (pacto andino)	Estudio al Régimen común de tratamiento de capitales y de marcas, patentes y regalías
GTC-126 del 26 de octubre de Octubre de 2005	Icontec	Documento guía para la etapa precontractual en la negociación de franquicias y la hoja de ruta norma de calidad y franquicias
El futuro rol de los acuerdos de asociación económica Unión Europea – Comunidad Andina de Naciones		En lo concerniente a las relaciones comerciales colombianas.

Fuente: Elaboración propia con base en Plazas (2011)

Con relación a estas normas, se puede recalcar en la Hoja de Ruta Norma de Calidad de las Franquicias y la guía para la etapa precontractual en la negociación de las franquicias emitida el 26 de octubre de 2005 y elaborada por el ICONTEC con la ayuda de empresarios y consultores, que a través de ella se instauran las buenas prácticas de una franquicia, con esta guía se busca prevenir actos de competencia desleal y otorgar un marco de claridad y seguridad en el avance de los negocios de franquicias (Pérez y Asociados , 2013)

Igualmente, existen otras normas que son aplicables y que se mencionan a continuación.

- Decisión 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (CAN): Bajo esta determinación se reglamenta la concesión de una marca, que es uno de

los elementos trascendentales del contrato de franquicia (Comisión de la Comunidad Andina, 2000)

- Código de Comercio: En razón a que el contrato de franquicia es comercial, le son adaptables ciertos libros que conforman el código: (i) Disposiciones generales; (ii) De los comerciantes y de los asuntos de comercio; (iii) De los bienes mercantiles; (iv) De los contratos y obligaciones mercantiles.
- Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina: La cual contiene el marco legal de la propiedad intelectual para los países que integran la comunidad: Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia.
- Con relación a la parte económica de las franquicias, se encuentra reglamentada por el Estatuto Tributario, donde abarca temas de impuestos sobre las ventas, prestación de servicios, importaciones de servicios, entre otros.

De igual manera, existe una asociación denominada Asociación Colombiana de Franquicias (ACOLFRAN) que se encarga de desarrollar esta clase de negocio e igualmente, otorgar amparo a los franquiciados y franquiciantes. Esta entidad se encarga de proteger y promover a sus asociados, ampararlos bajo un marco jurídico y tributario, proyectarlos y documentarlos en todo lo concerniente a las franquicias y ayudar a robustecer dicho modelo, e igualmente dicho mercado a nivel nacional e internacional. (Rodríguez & Mora, 2013)

## **2.4. Elementos de tipo personal**

### **2.4.1. El franquiciador o franquiciante**

Es una persona natural o jurídica, en quien recae la obligación de transferir la unidad patrimonial o prototipo de empresa a un franquiciado, quien se encargará de hacerla progresar (Salgado Figueroa, 2016). De acuerdo con lo anterior, el franquiciador administra y cuenta con un producto o servicio el cual ha sido minuciosamente comprobado, siendo esencial la elaboración por parte del franquiciador de un sistema que le facilite al franquiciado guiar la mercantilización de los bienes o servicios, dentro de las normas instauradas por el franquiciador, quien, a su vez, tiene el compromiso de alimentar asiduamente la modernización de toda la estructura que se posee para el buen desempeño del negocio.

De acuerdo con González y Arroyo (2015), son dos los alicientes que llevan a un franquiciador a realizar este contrato, el primero, es el hecho de obtener mayores recursos, pretendiendo alcanzar un incremento más acelerado de los bienes y servicios que posee y ofrece, donde el franquiciado es quien posee dichos recursos para conseguirlo, este aspecto se respalda en el hecho de que el franquiciador requiere conservar un mando sobre el franquiciado, mientras logra conseguir el revestimiento total del mercado, obteniendo recursos financieros y llegar a acuerdos sobre las dificultades en la dirección de los recursos humanos. El segundo aliciente, es poder encontrar de manera eficaz los medios de supervisión y fundamentación; por lo tanto, a través de la franquicia, el franquiciador desea lograr una mejor distribución y una evolución superior de las diferentes categorías organizacionales, facilitando a través de ello, que el dominio que él desea, se refleje en el contrato, que se expresa cumpliendo con las estipulaciones del mismo (Blázquez Álvarez, 2016). De igual forma, el

franquiciador mantiene un derecho de supervisión de la marcha del negocio del franquiciado.

Es decir que, desde el punto de vista del franquiciador, los beneficios económicos que le genera el contrato están justificados por obligaciones específicas aquí mencionadas. No obstante, no siempre tales obligaciones quedan suficientemente descritas en el clausulado de los contratos que se suscriben especialmente con compañías grandes, debido a que pueden valerse de modelos preestablecidos que se ajustan a la modalidad de los contratos de adhesión.

#### **2.4.2. El franquiciado**

La definición de franquiciado está precisada por la condición que adopte de acuerdo con las distintas clases de franquicias, es una persona natural o jurídica que utiliza de manera particular la entidad que ha sido franquiciada, y que se compromete con el franquiciador a cumplir las responsabilidades que surgen del contrato de franquicia establecido entre ellos (Corredor Amaya, 2016). Le surge el atributo jurídico de empresario, por lo cual se le atribuye la libertad y la autodeterminación con relación al franquiciador, debido a que lo que nace entre ellos es un vínculo contractual bilateral entre las dos entidades. Por lo tanto, este tipo de contratos debe establecer de manera precisa todas las cláusulas que lo componen, con el fin de evitar que el franquiciador pueda perjudicar los procedimientos administrativos establecidos por el franquiciado. (Plazas R. , 2013)

## **2.5. Elementos reales**

### **2.5.1. Licencia de marca**

El franquiciado debe constatar la efectividad de la marca de manera anticipada, e igualmente, por parte del franquiciador, constatar el propósito o deseo del franquiciado por conseguir el derecho a usar dicha marca. De acuerdo con lo anterior, dentro del contrato se debe establecer la marca del producto y/o servicio que desea proporcionar el franquiciador al franquiciado, estableciendo determinadas individualizaciones como por ejemplo los símbolos caracterizadores que conforman la marca, los productos y/o servicios que cobija, e igualmente, el número de registro de la marca. (Plazas R. , 2013)

La licencia de marca, son los mismos derechos de propiedad intelectual, que son aquellas creaciones, invenciones, obras literarias y artísticas, e igualmente, símbolos distintivos, nombres e imágenes, derechos de autor y variedades vegetales que se utilizan en el comercio. (Quiroga Olaya, 2012)

La tasación que se le da a la marca como tal de un producto, es primordial para un contrato de franquicia, debido a que la calificación o el nombre del negocio, es uno de los elementos básicos con los que cuenta el método de las franquicias, y es el que más solidez tiene para que se genere progreso dentro del negocio de la franquicia (Miñano de Mora, 2015). Desde luego, la marca le transmite al cliente una seguridad sobre el producto que está comprando, aspecto que se interpreta como el primordial valor agregado.

Dentro de las cuestiones que favorecen al franquiciado al momento de ingresar en el mercado por medio de la marca se encuentran: primero, puede librarse de la gran inversión tanto monetaria, técnica y humana que implica realizar la penetración de una marca nueva dentro del medio mercantil, y segundo, le posibilita realizar la inversión en espera de conseguir mayores

triumfos, debido a que la inversión se efectúa por encima de una marca ya implantada. (Agudelo Monsalve & Chung Park, 2014).

La marca hace alusión a cualquier símbolo que sirva para diferenciar productos o servicios explotados por un individuo dentro del mercado. Este elemento del contrato es primordial, debido a que de acuerdo con el grado de identificación que la marca posea dentro del mercado se define en gran medida el precio del cupo de ingreso que debe pagar el franquiciado para poder llevar a cabo la franquicia. De tal manera que, cuando una marca no es muy reconocida, el costo de la franquicia es menor, se presentan menos aspirantes a franquiciados, los requisitos por parte del franquiciador a su vez se reducen y las probabilidades de obtener triunfo son más reducidas (Miralles & Sánchez, 2016). En el desarrollo de la labor, el franquiciador propietario de la marca puede facultar a los franquiciados a través de un convenio de licencia para comercializar la unidad franquiciada correspondiente a dicha marca. Lo anterior, no hace mención de un traspaso, puesto que el franquiciador no está desvinculado de la representación total del derecho, sino que limita al franquiciado al empleo y explotación de algunos derechos, mientras que el franquiciador conserva el dominio de la marca y los derechos traspasados.

Para los contratos de franquicia que se llevan a cabo en Colombia, la inscripción de las marcas, se efectúa ante la división de signos distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio (Bolaños Sanchez & Giraldo Mesa, 2016); ésta inscripción le concede al dueño de la marca un aval por 10 años, mientras que si se va a efectuar un convenio a nivel internacional referente a la marca, se requiere que el cubrimiento de la marca sea realizado por país, y, para cuando se va a realizar la preservación de una marca a nivel mundial, se debe efectuar la gestión en cada país que se requiera. (Loaiza, 2012)

### 2.5.2. Know-how

Tal como se ha mencionado, el *know how* es uno de los elementos que el franquiciador transmite o entrega al franquiciado, por lo cual resulta relevante precisar el alcance técnico y jurídico de este concepto. Es la elipsis de la expresión completa en inglés *know-how to do it*, que se usa hace mucho tiempo dentro del mercado internacional. Hace relación, a la habilidad técnica y a la destreza e ingenio práctico que se requiere para efectuar de manera sencilla, elemental y competente cierta acción, encaminada a fabricar o distribuir bienes o servicios, es el saber hacer, es decir, aquella preparación que posee el franquiciador, adquirida a lo largo del tiempo de experiencia, referente a los procedimientos de fabricación, mercantilización, administración, los métodos para la inversión de los productos y de los servicios. (Quiroga Olaya, 2012)

El *know-how* es un elemento primordial para llevarse a cabo el contrato de franquicia, ya que le permite al franquiciado ubicarse en condiciones de aprovechar su establecimiento, de acuerdo con las prelación y práctica con que cuenta el franquiciante por el paso del tiempo, las habilidades que puede recibir, pueden ser buenas y malas, ya que tanto de las victorias como de los reveses se logra aprendizaje para determinar que hacer o que no para la buena marcha de una entidad. *Este know-how* debe estar en permanente proceso de cambio, ajustándose a los progresos tanto comerciales como tecnológicos (Zúñiga Mejía, Flores Ortiz, & Vega López, 2016), e igualmente, que pueda ser amoldable a las condiciones geográficas, poblacionales o culturales donde se lleve a cabo la franquicia.

El *know-how* es la forma de realizar las cosas o actividades, es la preparación, el dominio de la materia y la práctica y habilidad (Sainz de Vicuña, 2017). El *know-how* puede denotar no únicamente enunciados y métodos, sino de igual manera denotar un procedimiento que se relacione con métodos de

elaboración patentados y que se requieran para poder utilizar la patente. Tal como lo menciona lo señalan Bolaños, Guerrero y Nisso (2016), bajo este elemento reside la inclinación del propietario de la entidad para franquiciarlo con otra persona, debido a que su saber y competencia adquirida de manera anticipada le confirma de manera certera al socio de la franquicia, que el negocio generará utilidades dentro de un corto, mediano y largo plazo de manera permanente.

En el cuerpo del contrato debe quedar explícita la manera como el franquiciador va a dar a conocer el *know-how* al franquiciado, sin embargo, éste último debe efectuar un análisis con antelación acerca de los conocimientos y experiencia que busca alcanzar, debido a que el *know-how* debe considerarse como legítimo, original e igualmente que sea lo más claro posible para su difusión a personal competente para su avance y perfeccionamiento. (Ramírez Capacho, 2016).

Todo lo que abarca el *know-how* tiene que ver con el discernimiento útil, determinado, multiplicable y auténtico, posiblemente victorioso, que le permita a una de las partes contar con recursos para pagar por su uso. En cuanto a la utilidad y determinación, tiene que ver con la parte aprovechable, comercializable y que se requiere para un mercado específico (Ubau Barrantes, 2016). En lo relacionado a “posiblemente victorioso”, quiere decir, que se basa en una práctica anterior y cierta, que ha evidenciado un triunfo comercial y, además, otros desean argumentar, pero éste tiene que ser a su vez, renovado periódicamente por parte del franquiciador.

El *know-how* se encuentra establecido a través de unos manuales operativos que detallan de manera meticulosa los métodos, y hacen mención de la manera como están estructurados los procedimientos de organización, mercadeo, finanzas, contabilidad, la manera como se debe organizar con

antelación a la inauguración del negocio y a través de la ejecución del contrato de franquicia (Della Croce, 2016).

De otro lado, en la franquicia la transmisión del *Know how* constituye un elemento importante, debido a que es habitual que se traspasen conocimientos de índole comercial, que tienen que ver con la mercantilización de un producto, la táctica de marketing y la labor del mismo negocio (López G. , 2005, pág. 174).

Por lo tanto, la Asociación Internacional para la Protección Industrial (AIPPI) de 1994, realizada en la Quinta Convención de la Unión de París explica el *Know how* así: “*conocimientos o experiencias sobre aspectos técnicos, comerciales y administrativos, financieros o de otra índole, aplicables a procesos industriales de una empresa o a la práctica de una profesión*”. Es decir que puede interpretarse el *Know-how* como un concepto inmaterial, pero que permite ser concretado a través de especificaciones de procedimientos, gráficos, proyectos, planos, fórmulas, diseños, maquetas o dibujos (Guardiola Sacarrera, 1993).

En el *Know how* una de las partes le transfiere a la otra parte el derecho de utilizar uno o más componentes de la propiedad industrial, o de prestarle servicios de ayuda técnica o de procedimientos administrativos (Díaz Bravo, 1983). Por lo tanto, el contrato de franquicia es una de las herramientas de traspaso de tecnologías, gracias a la concesión en la utilización del activo de propiedad intelectual, el dueño del mismo, transfiere a la contraparte todo el *Know how* para la ejecución del negocio, por medio de la adjudicación de manuales técnicos que incluyen todo el proceso de las operaciones en los sistemas, la metodología laboral, y hasta las instrucciones comerciales, adiestramiento constante y constatación de la ejecución de las estipulaciones convenidas dentro del contrato. Este traspaso de tecnología es vertical, cuando va dirigido de una organización oficial hacia un área con la que habitualmente se encuentra ligado,

y se considera horizontal cuando se ejecuta entre entidades que tienen una cualidad que comparten (García Espinosa, 1982).

Un componente que posee el *Know how* es que contiene una estimación patrimonial, afectiva y enérgica por el motivo de ser secreto. El *Know how* posee una estimación patrimonial particular que se estipula por medio de una tasación, la cual obedece al nivel de innovación, secreto y del grado de atributo competitivo que le produce a quien lo tiene en el mercado. Estos aspectos se expresan en magnitudes por medio de registros contables, análisis de mercadeo, estadísticos, indagación empresarial del mercado sobresaliente donde se utiliza el *Know how*, la licencia de patente, etc. (López Guzmán, 2002)

El *Know how* se posiciona en el Código de Comercio de Colombia dentro de los bienes que constituyen el establecimiento de comercio, el artículo 516 ordinal de este código, indica: “*Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte del establecimiento de comercio (...) 2° los derechos del empresario sobre las creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento*” (Código de Comercio, 1971).

Por lo tanto, los secretos de las empresas forman parte de esta categoría, éste bien inmaterial forma parte del atributo competitivo de la entidad o empresario que lo posee. Antiguamente se consideraba valorable solo las tierras, el trabajo o el capital, actualmente el comercio ha sufrido transformaciones positivas, donde muchas producciones industriales pueden tener mayor valor económico equiparándolos con los bienes tangibles. En el mundo, el triunfo que han tenido las franquicias, es a causa de la uniformidad de sus productos y servicios, a la utilización de la tecnología, que se ha usado en diversas áreas donde se realizan las franquicias (López G. , 2005, pág. 524).

El amparo que tiene el *Know how* en Colombia es fáctico, cuando el beneficiario de los conocimientos se compromete a proteger celosamente toda la

información recibida a través del *Know how*, por tal motivo el franquiciado debe mantener la discreción y la confidencialidad del secreto empresarial que le ha sido traspasada, lo que configura al beneficiario para avalar hasta la culpa leve que tiene que ver con el amparo del secreto empresarial (López G. , 2005, pág. 532).

De otra parte, la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina, en el artículo 262 el cual contiene el Régimen de Propiedad Intelectual, hace mención al amparo jurídico del secreto industrial, como primera medida, instaura que aquel que tiene un secreto empresarial está amparado contra la difusión, obtención o utilización de dicho secreto de forma contradictoria a los usos comerciales honestos, aquella persona que se vea afectada puede proceder a realizar acciones por competencia desleal. Este proceso se puede realizar ante un juez civil a través de un proceso verbal, o ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

De igual forma, y cuando tiene relación con indemnizaciones que provienen de casos de prácticas restrictivas, se pueden realizar dichos trámites a través de un proceso declarativo verbal ante la jurisdicción civil, posteriormente de que la Superintendencia haya emitido un acto administrativo en relación con la conducta anticompetitiva u otorga las sanciones correspondientes (López G. , 2005, pág. 533).

La Superintendencia de Industria y Comercio cuando se presenta el hecho de competencia desleal puede preceptuar la indemnización por los daños ocasionados con la conducta. (Plazas R. , 2011).

### **2.5.3. Asistencia técnica y contable**

El franquiciante le ofrece el seguimiento dentro de la ejecución y desenlace de dificultades al franquiciado, y de igual forma, buscando enriquecer la labor del sistema de franquicias. Asistencia que debe ser establecida de manera concreta a través de un manual o por otro medio. (Agudelo Monsalve & Chung Park, 2014).

Esta asistencia abarca la escogencia, el acondicionar y embellecer el local, la investigación de mercados, el análisis financiero y de publicidad, relaciones públicas, métodos de fabricación de los artículos, atención al cliente, normas de seguridad, escalas de calidad de los artículos, etc. (Loaiza, 2012)

### **2.5.4. Valor o precio**

Este tipo de contrato trae consigo la compensación por parte del franquiciante y en beneficio del franquiciador, unos desembolsos que el primero le efectúa al segundo por la cesión del derecho a utilizar una marca, por recibir un know-how seguido de los adiestramientos en los sitios de venta. Los desembolsos efectuados dentro del contrato de franquicia lo convierten en un contrato oneroso. (Quiroga Olaya, 2012).

Este precio viene dado por el pago de regalías, que es el convenio que pactan las dos partes como contraprestación y que demanda el franquiciante para que puedan utilizar su marca. Este pago se puede efectuar en una cuota inicial, con la cual se puede empezar con el uso de los frutos que otorga el contrato de franquicia y/o cuotas constantes, las cuales se conocen como regalías para la cancelación por los servicios, las instrucciones y la formación. (Ramírez Capacho, 2016).

Casi siempre en los contratos de franquicia se debe cancelar al franquiciante un valor al iniciar el vínculo contractual y una regalía mientras dure el contrato. Cuando se efectúan contratos a nivel internacional, habitualmente incorporan en la remuneración: Una cuota inicial como derecho de entrada, regalías o cancelaciones constantes por servicios, cancelaciones por el adiestramiento al franquiciado, e igualmente, costos adicionales por otros servicios como por ejemplo: auditorías y fiscalizaciones, refuerzos en la gestión administrativa, etc(Mejía Flórez, 2017).

Los pagos que debe contraer el franquiciado requieren quedar estipulados dentro del contrato de franquicia con el propósito de que queden explícitamente registradas las responsabilidades y compromisos que está adquiriendo por la facultad de utilizar la marca y obtener el know-how, y que va seguido de la asistencia técnica. Igualmente, cuando ya se define la cifra a cancelar por tener acceso a la franquicia y que ha sido establecido por el franquiciador, se debe analizar la capacidad del mercado, la fama y reputación de la franquicia, el rendimiento que posee, y entre tanto, para fijar el precio de las regalías, se debe analizar el volumen de ventas que se desea alcanzar.

Se debe puntualizar, que el aspecto analizado anteriormente es la regla, pero no todas las franquicias fijan esta clase de pagos, algunas no cobran derecho de entrada y otras no exigen pago de regalías constantes. (Loaiza, 2012)

#### **2.5.5. Territorialidad o exclusividad**

Es decir, es el área determinada por el franquiciador para fijar los puntos de venta, con el propósito de asegurar que no exista rivalidad entre los mismos dueños de la franquicia, por lo tanto, constituye un elemento fundamental dentro del contrato, dejando claro que el franquiciador no fijará en una misma zona

geográfica otro puesto de venta de su marca. La exclusividad debe ser observada, con el fin de impedir que surjan disputas entre los contratantes, lo cual, si se llega a presentar, puede constituir causal de disolución del contrato con las connotaciones que este problema acarrea. (Ramírez Capacho, 2016)

Otros elementos que conforman un contrato de franquicia son: el hecho de que el franquiciado debe conservar muy cuidadosamente la asesoría que le ha sido otorgada por el franquiciador, o toda aquella información que se vaya dando dentro del desarrollo de la actividad comercial del negocio. De igual forma, otro aspecto a tener en cuenta dentro del contrato de franquicia es que se debe fijar el término de duración del contrato, el cual debe ser prudencial, con el fin de que el franquiciado pueda recobrar la inversión que efectuó para llevar a cabo la franquicia, plazo que puede ir de 2 a 5 años. (Plazas R. , 2013)

### 3. CARACTERIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Los contratos de adhesión surgen con la aparición de los contratos masificados que funcionan hoy en día en la gran mayoría de los mercados fundamentados en el intercambio de bienes y servicios, el cual se originó por la transformación de la búsqueda de satisfacción de necesidades a nivel agrícola, para pasar a una economía de tipo industrial conformando el denominado contrato de adhesión. (Montoya Medina, 2012)

De acuerdo con Ricardo Lorenzetti (2004) *“El contrato se celebra por adhesión, cuando la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra se limita a aceptarlas o rechazarlas sin poder modificarlas (...)”*. Dentro de esta definición se puede observar, que éste se encuentra determinado porque uno de los contratantes le brinda al otro unas condiciones que no se pueden someter a alteraciones, y además la persona que se adhiere al contrato, únicamente tiene la facultad de determinar si se adhiere o no a este. Este tipo de contrato evidencia la disgregación del modelo tradicional de lo que es un contrato, donde las estipulaciones del mismo surgen del acuerdo entre las partes para llevar a cabo los propósitos por el cual nació y poder de esta forma cumplir los requerimientos del mismo. (Suárez Lóopez, Fuentes Contreras, & Rincón Villegas, 2011).

Los cambios que se generaron en cuanto a contratación a causa de la revolución económica e industrial han traído múltiples atributos, uno de ellos radica en el hecho de que existe cantidad de personas que puedan permitirse el uso de ciertos bienes y servicios que en tiempos anteriores se veían impedidos a conseguirlos debido a su costo tan elevado, como consecuencia de la producción en masa se disminuyen los costos de fabricación y por lo tanto se

reducen los costos también para el usuario final, permitiéndole conseguir un mayor nivel de adquisición de bienes y servicios.

Esta misma producción en masa forzó el hecho de omitir los vínculos contractuales de tipo unipersonal y transaccional entre las partes, ya que, al convertirse en contratación masiva, se puedan dar las relaciones o vínculos unipersonales impidiendo de tal forma que se presenten controversias con relación a las estipulaciones del contrato.

### **3.1. Componentes esenciales**

De acuerdo con Salazar (2006) dentro del contrato de adhesión se encuentran dos componentes esenciales del mismo. El primero tiene que ver con *“la predeterminación del contenido del contrato por una de las partes mediante el recurso a condiciones generales que se emplean para celebrar un número indeterminado de negocios o formularios inmodificables”*. Y el segundo, se relaciona con *“la presentación de ese contenido al que se quiere contratar, con la opción única de aceptarlo o rechazarlo”*

De estos componentes esenciales surgen igualmente tres características que se mencionan a continuación.

- Un contrato que tiene implícito el tema: Hace mención del hecho de que la maniobra de adhesión consiste en el contrato real, debido a que la adhesión consiste en la expresión de la voluntad de los adherentes, deduciendo que los proponentes pueden determinar si realizan el contrato o no y elegir con quien, abandonando el deseo de realizar polémica entre la filosofía del contrato y la filosofía que está impuesta bajo normas.

- La predisposición: Hace relación que el proponente o predisponente ha escrito unilateralmente y con antelación las estipulaciones que contiene el contrato para el uso en común.
- La imposición: Es decir que no se permite una etapa de transacción entre las partes, a raíz de que las estipulaciones están escritas por el proponente, permitiéndole únicamente al adherente admitirlas o rebatirlas, debido a que están ligadas de manera inherente al bien o servicio que se desea adquirir. (Montoya Medina, 2012)

### **3.2. Características de la modalidad de un contrato de adhesión**

De igual forma, un contrato celebrado por adhesión presenta las características que se mencionan a continuación.

- La unilateralidad: La estructuración intrínseca del contrato está configurada únicamente por uno de los integrantes del mismo, es decir, el reconocido como el predisponente, no es propio que en este tipo de contrato el predisponente practique un acaparamiento de hecho o de derecho. (Echeverri Salazar, 2010). Es decir que en estos contratos se muestra el hecho de que las cláusulas son estipuladas por el contratante de manera unitaria y no permite la concertación, se denota en el contrato la particularidad de un todo unitario, invariable y enlazado de manera ordenada. La composición de las estipulaciones del contrato no puede ser objetada por el contratante, debido a que no surge por un suceso de convenios entre las partes. Solo se presenta la alternativa de admitir o declinar. (Archila Colón, 2015)
- La inflexibilidad del bosquejo anticipado por el empresario: Es decir, la otra parte interviniente en el contrato adolece de la facultad de concertación, que radica en debatir o en procurar intervenir en la composición del

contrato mismo, o por lo menos en la estipulación de una de sus disposiciones.

- La predisposición contractual forma parte del dominio de negociación que se centraliza en el experto o competente, y que comúnmente no siempre encaja con el contraste entre las dos partes económicas que llevan a cabo esa clase de contrato. Esta particularidad no supone una singularidad que se apodere de todas las conjeturas, ya que a veces aquel que muestra bastante dominio económico, de igual forma puede protocolizar contratos por adhesión en virtud de adherente. Mientras que es más concluyente diferenciar a los individuos de acuerdo al dominio en la negociación con la que cuentan. Por lo tanto, predisponer un contrato admite el dominio en la negociación, aspecto que únicamente lo ejecuta el profesional, entonces el adherirse a un contrato conlleva adolecer de dicho dominio y esa falta recae en el franquiciado.
- Esa predisposición o en otras palabras la disposición hacia un propósito global se perfecciona con su naturaleza abstracta y universal, debido a que se aplica a estipulaciones que están inscritas dentro de una multiplicad de operaciones. (Echeverri Salazar, 2010)
- El nivel de complicación y conocimiento técnico para la aplicación de diversos recursos en la composición del contrato, debido a que requieren la intervención de profesionales en derecho para elaborarlo, con un nivel de tecnicidad que no sea posible el surgimiento de un aspecto súbito que se salga de lo establecido dentro del contrato.
- La diversidad de personas a las que va destinado, debido a que no es alguien predeterminado, sino una colectividad de individuos ante los cuales se sostiene la propuesta. Lo estipulado en el contrato es un patrón guía para todos los usuarios que intentan obtener los bienes y servicios que brinda la entidad contratista.

- La desigualdad entre las partes, debido a que el oferente cuenta con una disponibilidad económica que le permite implantar sus intenciones. Los individuos que admiten suscribirse a estos contratos adolecen de libertad contractual.
- El nivel de carencia: debido a los aprietos por los que esté atravesando la persona que se adhiere a esta clase de contratos, es que la persona lo ejecuta, es decir, un contrato con las estipulaciones concretadas de manera unilateral. El consentimiento como requisito de la adhesión, se hace imprescindible en todo contrato. (Archila Colón, 2015).

Otros atributos que muestran los contratos de adhesión son los que se mencionan a continuación.

- Conforman un mecanismo de defensa del funcionamiento contractual masificado por medio de la homogenización de los convenios uniformes que realizan las entidades.
- Disminución en los costos de oficialización y reglamentación en los contratos ejecutados por la entidad, puesto que utilizar estipulaciones homogéneas, facilita y aligera la ejecución de los mismos, incrementa la cifra de contratos que se celebren, instaura un método para una cifra indeterminada de contratos y disminuye los valores en que se invierte al momento de ejecutar la negociación. La técnica para llevar a cabo la resolución de los contratos se transforma en un ejercicio mecánico donde el convenio se sintetiza a los servicios fundamentales, desistiendo el adherente de debatir las estipulaciones generales. De igual forma, lo anterior recae en el costo, debido a la disminución de los costos en la contratación, e igualmente recae en la restricción de obligaciones y responsabilidades con las que acostumbran a beneficiarse las entidades predisponentes.

- Simplifican la segmentación del trabajo, debido a que se explota de mejor manera las tareas realizadas por las personas que intervienen en dicha labor, ya que se utilizan de una forma más eficaz los talentos jurídicos y gerenciales costosos. Lo anterior, a causa de que la labor netamente jurídica se consolida en los consultores jurídicos, entretanto los agentes de venta utilizan los formularios sin estudiarlos o concertarlos, dirigiendo su atención básicamente a las ventas, economizando tiempo indistintamente de que estén en sitios apartados.
- Aligera la organización del trabajo al interior de la entidad, debido a que disminuye el requerimiento de comunicación a nivel interno, se acopla la intervención del cliente a la estructuración de la entidad, facilitando la ejecución de las disposiciones adjudicadas por la entidad.
- Se valoran de manera previa los costos, debido a que se saben con antelación las eventualidades que pueden surgir, y que pueden generar costos para la entidad, abarcando entre ellos los costos de producción como los que tienen que ver con las contingencias.
- Otorgan confianza jurídica, debido a que permiten calcular los desempeños dentro del desarrollo general de la operación. Las estipulaciones generales otorgan una regulación más completa, procedimental, metódica y clara, debido a que agitan la inseguridad que puede surgir de las normas dispositivas.
- Fomentan un contacto parejo en las negociaciones masificadas, una apreciación homogénea de las repercusiones de los contratos con efectos en la realización de los mismos y en la jurisprudencia, de igual manera una agrupación del derecho privado confrontado en el instante en que su empleo ignora límites. (Echeverri Salazar, 2010)

#### **4. CONTRATO DE FRANQUICIA COMO CONTRATO DE ADHESIÓN**

El contrato de franquicia ha sido objeto de transformaciones como mecanismo para el tránsito de bienes y servicios de manera singular en ejercicio del modelo capitalista y bajo unas ideologías liberales. Bajo estas ideologías no se hacía exigible la semejanza material al momento de definir los clausulados de los contratos, pues se consideraba que esa característica era parte del ejercicio de la libertad y autonomía de las partes (Stiglitz, 1994).

Habitualmente la ubicación de la parte más fuerte la constituye una entidad, que cuenta dentro de su organización con personal idóneo, con labores previamente establecidas, y con una meta primordial que es conseguir beneficios económicos. Del otro lado de la mesa se encuentra la otra parte y que habitualmente no cuenta con el mismo alcance de negociación, ni tampoco con la suficiente cantidad de información que le posibilite tomar la mejor determinación. Todo este posicionamiento hace que el más fuerte sea cada vez más fuerte y el frágil se presenta cada vez más frágil y con más reducidas probabilidades de negociar. Esta desigualdad en las posiciones de negociación va haciendo que surjan contratos arbitrarios, no solo en el entorno patrimonial de las personas, sino que se puede ver involucrada toda la sociedad, según se encuentra estipulado en el contrato, Il Mulino, de Roppo (Stiglitz, 1994). Ese origen asimétrico del proceso de negociación conduce a que a la parte débil solamente le quede la opción de acogerse o no al contenido total del contrato.

Algunos doctrinantes inicialmente rechazaron su clasificación como “contrato”, como se explica a continuación:

Para muchos hombres de derecho, especialmente los más sensibles – pero también apegados a las nociones tradicionales- la contratación estandarizada suponía un grave atentado al dogma de la autonomía de la

voluntad. Si el contrato era producto de la decisión de contratar, de la capacidad de autodeterminación, la simple adhesión a un estatuto elaborado por la empresa hacía añicos el fundamento último de la contratación. No faltó quien señalara (como hasta hoy) que el contrato había entrado en crisis, que la masificación de las relaciones económicas, había echado por los suelos la igualdad y el trato paritario que se presumía en las partes al celebrar un negocio jurídico, la libertad para darse preceptos privados de comportamiento, de autorregulación de intereses. (Vega, 2001)

Con el fin de buscar reducir las disparidades que se habían generado en el mercado y los resultados generados por las guerras mundiales, por la depresión económica y como solución a las protestas hechas por los más débiles de la comunidad, se requirió la mediación del Estado en dicho mercado, normando los vínculos dentro de las sociedades y en determinadas oportunidades formando parte integrante como agente económico. En ciertas circunstancias el Estado reglamenta la maniobra jurídica, "dictando el contrato" o reglamentando de manera autoritaria cualquier detalle dentro de él, y que el legislador considera fundamental con base en la protección de la justicia contractual (Stiglitz, 1994, pág. 60). Y en otras ocasiones se ha ido al límite de implantar la solemnización de ciertos contratos, que son los denominados contratos indispensables o necesarios bajo los cuales generalmente no se ven atisbos de la autonomía de la voluntad privada, debido a que en ellos no se selecciona el co-contratante, ni la manera contractual, ni lo que lleva implícito el contrato, ni tampoco se da la probabilidad de optar si se contrata o no, como es el caso de la contratación de servicios públicos domiciliarios que son suministrados en monopolio. (Echeverri Salazar, 2010)

#### **4.1. La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del contrato de franquicia como contrato de adhesión.**

Históricamente, la autonomía de la voluntad fue la que dirigió por un largo periodo los vínculos contractuales desde la Edad Media hasta fines del siglo XVIII debido a que únicamente se requerían condiciones de forma para que fueran válidos, ya que lo primordial era que se diera la libre aprobación. Kant fue quien le dio el mayor auge a este concepto, al generar que las labores realizadas por los individuos estuvieran supeditadas a las impresiones externas; de igual forma, Rousseau dirige la autonomía de la voluntad hasta la concepción del Estado en su contrato social, y más tarde en el Código de Napoleón se fija que el contrato es una norma para las partes contratantes en el punto en que no se dirija en contra del orden público.

Así, la noción habitual de la autonomía de la voluntad halla sus orígenes en la doctrina individualista que se extendió desde el siglo XVII con créditos recibidos del cristianismo, en donde se estimaba al hombre libre por naturaleza, y únicamente podía imponerse si era de su voluntad; por lo tanto, el principio singular y autónomo de la norma era ella misma. Pero en los preceptos jurídicos esa consideración se ha transformado con el transcurrir del tiempo, debido a que obedece a los estatutos que existan en cada región, aunque la naturaleza de la autonomía consiste en que las personas puedan pronunciar normas que el Estado aceptará como si fuesen expedidas por ellos, al adjudicar un empuje similar al de la ley.

La autonomía de la voluntad se estableció como una de las primordiales transformaciones sociales que fueron ingresando a través de las revoluciones inglesa en el año 1688, norteamericana en el año 1776 y francesa en el año 1789. Se fueron integrando, debido a que la voluntad particular que toma dentro del derecho un certero dominio productor de responsabilidades y derechos es lo que

genera que la autonomía de la voluntad adquiera eficacia jurídica y sea catalogada como una norma entre los intervinientes, expresada en la constitución del acto jurídico y señalamiento de sus consecuencias producto de esta autonomía.

En Colombia esta norma se establece en el artículo 1602 del Código Civil, entre otros, instaurando a través de ella que todo contrato realizado es norma para las partes contratantes y únicamente puede ser anulado por acuerdo mutuo o por motivos legales, con la especificación de que en el desarrollo de su práctica debe prevalecer el acatamiento de los preceptos legales y los excelentes hábitos, es decir, aunque su exploración es manifiesta, se requiere que el Estado restrinja su práctica. La autonomía de la voluntad posibilita que, a toda persona legalmente capaz, le sea permitido comprometerse a través de un medio alternativo apropiado, con la ejecución de contratos bajo los cuales se acuerden disposiciones que no estén en contra de las restricciones que posee la autonomía de la voluntad.

Las estipulaciones del contrato emanan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y respaldan la equidad en las condiciones de los contratantes, el mostrar en el contrato las conclusiones y propósitos definidos por éstos para instaurar lo que va implícito, así como las repercusiones del vínculo jurídico generado por sus intereses (Osorio Moreno, 2013).

El contrato es un suceso jurídico bilateral, que a través de la aprobación (manifestación unificada de voluntades) de los intervinientes, reglamenta, reforma o finaliza un vínculo jurídico de índole patrimonial. Dentro de la ejecución de un contrato las personas que se vinculan a través de este bien pretenden conseguir un propósito que por medio del derecho lo logran. Entonces, la comercialización de bienes y derechos se efectúa de la manera más adecuada a

través de un contrato, como consecuencia del asentimiento autónomo por parte de los intervinientes en el mismo.

De acuerdo con lo anterior, para la ejecución de un contrato se halla un margen de reglas impuestas cuya violación puede provocar la nulidad del contrato, normas de orden público y cargas, denominados por la ley deberes secundarios o circunstanciales de conducta que los intervinientes deben tener presentes para lograr los propósitos esperados con la realización de un contrato, dentro de los cuales se encuentran los que se señalan a continuación.

- Obligación de legitimidad: La responsabilidad de las partes contratantes es determinar qué clase de contrato van a ejecutar, en el momento en que los contratos actuales que poseen no alcancen los propósitos esperados, si no se alcanzarán propósitos diferentes o se verá perjudicada la solemnización o realización del contrato.
- Obligación de transparencia: La voluntad de las partes debe ser espontánea, sincera y precisa, que no contenga posturas confusas que se presten a múltiples apreciaciones, primordialmente en lo relacionado a los lineamientos generales, las especificaciones técnicas, los objetivos, alcances, enfoque y también en los pliegos de condiciones.
- Obligación de agudeza y presteza: Toda la labor que ocupa el cierre de una contratación debe estar conformada por labores sensatas y resueltas que impidan llegar a tener un mayor compromiso sin que sea indispensable.

Así mismo, la denominada libertad contractual, que hace relación a la potestad para comprometerse, posee restricciones que perjudican al contratista y no a la potestad del contratante para establecer un contrato, ya que la ley no reprime al contratante para que acate y ejecute el convenio junto con las estipulaciones que este conlleva, sino lo que restringe es la potestad para finiquitar el contrato sin configuración o determinación de disposiciones, aparentando su realización. También se habla de una confusa generación de unión de voluntades en el contrato, de unas voluntades vinculadas (confusas) en una voluntad que es norma para los intervinientes en el contrato (creada), debido a que al afirmar sobre voluntades se deduce que es algo intrínseco e inherente del individuo, motivo por el cual es ingobernable, y el contrato es una cuestión fijada o manifestada a través de un medio social y gobernable (Ferrandis Torres, 2003, pág. 98).

Los contratos pueden contener las particularidades, requisitos y disposiciones que los intervinientes estimen apropiadas y beneficiosas, desde que no vayan en contra de la Constitución, la ley, el orden público, las normas y los objetivos del estatuto. Como fundamento, los particulares disfrutan de total libertad al momento de ejecutar un acto contractual, a través del cual reglan sus intereses particulares, en ejercicio de la facultad de otorgarse a sí mismo pautas o leyes, y también entendida como la causa de reglas jurídicas determinadas a conformar el mismo conjunto de leyes que las contempla. Sin embargo, la eficiencia de las actuaciones individuales se encuentra sometida a que estas actuaciones respeten las obligaciones que son constitutivas del desempeño de la autonomía privada, como aquellas obligaciones donde la persona, después de seleccionar dentro de varios intereses propios uno específico.

De acuerdo con estas circunstancias, y con relación a la autonomía privada y de su práctica, se debe analizar las consideraciones que tienen relación con cada interviniente en el contrato, es decir, la obligación de legitimidad,

transparencia, agudeza y presteza. En cuanto a la obligación de legitimidad, se halla una legalidad de la indicación permanente de que las causas del acto de la autonomía individual, se inician a través de la causa del contrato, que es donde se inicia el vínculo, el cual se alcanza solamente bajo la circunstancia de que el contrato se haya ejecutado correctamente, y que la admisión de las normas obligatorias, es condición para que se genere de una manera eficaz y legítima su contratación. En cuanto a la lealtad y corrección, se relaciona con la buena fe, de tal forma se puede apreciar que las limitaciones se pueden dar como se menciona a continuación.

- Restricciones legales: Son las restricciones que han sido de forzoso cumplimiento por parte del Estado, a través de leyes de estricto y obligatorio cumplimiento, las cuales tienen que acatar tanto los entes estatales como los particulares, y que protegen normas jurídicas y éticas dentro del ordenamiento. Con relación a las buenas costumbres se interpretan como lo relacionado a la moral, es decir, ideales de la conducta social vigente en una situación determinada.
- Restricciones actuales: Son las restricciones sociales que le son otorgadas tanto al Estado como a los particulares al momento de ejecutar un contrato colectivo, debido a que las partes no pactan el contenido del mismo, sino que una de ellas realiza una fracción o el total del mismo, restringiendo a la otra parte a obligarse o a negarse, disminuyendo la autonomía de la voluntad, a favor de la facilidad de permutar bienes y servicios a un menor costo, debido a que en la contratación masiva se minimizan los costos.

Las normas actuales no consienten una potestad indeterminada de voluntad para generar efectos jurídicos, sino que el motivo que genere un negocio tenga relación con la labor económica-social, donde la voluntad se concreta con la efectividad de los vínculos jurídicos.

En lo relacionado a la autonomía contractual que se encuentra fijado en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Esta norma fija que al ejecutarse el análisis de las estipulaciones del contrato se requerirá concurrir al deseo común de las partes, la cual pertenecerá, por encima del entendimiento exactamente gramatical de la manifestación, a la voluntad conjunta y formal que juntó a los contratantes de conformidad con el artículo 1618 del Código Civil: *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo a lo literal de las palabras”*. (Hernández & Pardo, 2013)

El surgimiento del principio de la autonomía de la voluntad se estructura en la consecuencia del desear humano y de la ley (autos: propio o mismo; nomos: ley), entre particulares, como opción de convenio, sin tener que introducirse en parámetros fijados por las reglas que normativizan los contratos preexistentes, sino que permite la probabilidad de instaurar distintas maneras de obligarse, teniendo en cuenta parámetros fijados por las partes con relación al intercambio jurídico que los vincula.

Teniendo en cuenta la apreciación clásica impulsada por el doctrinante chileno López Santa María (1998, pág. 233) *“el principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina filosófica jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente en la voluntad de las partes. Esta es a la vez la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce”*.

Con relación a la autonomía de la voluntad la Corte Constitucional señala (1993) lo que se menciona a continuación.

*“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras,*

*consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, la delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos". Es necesario recalcar que el principio de la autonomía privada no es absoluto, puesto que se observa restringido en muchas circunstancias, desde la propia Constitución, por otros principios tales como la protección de los derechos fundamentales o el del intervencionismo estatal o, incluso, por la ley, ya que el inciso final del artículo 333 de la Constitución Política permite al legislador limitar este principio, cuando estén en juego intereses generales. De acuerdo con el inciso citado, la ley debe reglar el uso de la libertad económica de los particulares en función del interés social, del ambiente sano y del patrimonio económico de la nación." (Corte Constitucional, 1993)*

El principio de la autonomía de la voluntad concede a los participantes de un negocio jurídico una autodeterminación que únicamente les concierne a las partes; a pesar de ello, es esta autodeterminación la que posibilita y respalda que los negocios jurídicos que emanan de los vínculos privados alcancen a conservar un equilibrio ante la exigencia pública o social logrando una utilidad conjunta para las partes y provocando impactos de naturaleza pública.

De igual manera, dentro de la Constitución Política se concede una base a la autonomía de la voluntad, describiendo en su artículo 333, una norma que se propaga dentro de los vínculos jurídicos privados instaure dicha norma lo que se menciona a continuación.

*"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y*

*estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.”*

De esta forma se concede a los participantes de una negociación jurídica, una autodeterminación que no puede penetrar el bien común, el cual es la restricción para que aparezcan los vínculos entre particulares, sin menoscabo de los intereses generales. De acuerdo con lo anterior, se puede decir que la autonomía de la voluntad posibilita la ejecución al principio de la buena fe, el cual brinda confianza a las partes que participan en la negociación, y de igual forma, a éstos no les es permitido transgredir el bienestar general, partiendo de que el principio de buena fe concede la probabilidad de intervenir de una manera correcta por quienes participan dentro del negocio jurídico.

Conforme lo manifiesta Luigi Ferri (2001)

“La autonomía privada surge como una prolongación del concepto de persona y consiste en un poder que el orden jurídico la confiere para que gobierne sus intereses, adquiriendo institucionalmente la cualificación de principio general del Derecho Privado plasmado en una pluralidad de reglas y aforismos. Pero la citada autonomía no es mera libertad individual, pues no se trata simplemente de reconocer un ámbito de actuación. Hay autonomía desde que la persona es libre y soberana para dictar su norma dentro de una adscripción jurídica, realizándose un acto independiente, eficaz, vinculante y preceptivo, limitado a la formación de reglas de conducta en las relaciones entre particulares” (Ferri, 2001)

En Colombia, la autonomía de la voluntad concede a quienes participan dentro de una negociación la relevancia de sus actos y negocios jurídicos hasta

poder llegar a surgir en vínculos contractuales. Por lo tanto, dentro del ordenamiento civil del país, se le concede la comprobación de la competencia legal, a las personas jurídicas que les permite obligarse, manifestar su voluntad propia y conseguir conformar vínculos jurídicos que posibilitan ver expresada la autonomía de la voluntad en transacciones nuevas de las personas jurídicas. (Báez Méndez, 2011)

Bajo los anteriores presupuestos y como se desarrollará más adelante, se pone en evidencia el resquebrajamiento de la autonomía contractual como principio dentro de los contratos de franquicia partiendo de la modalidad de un contrato de adhesión, en donde poco se ve el principio de igualdad, sino más bien de asimetría contractual. De acuerdo con Scognamiglio (1996), la tutela del Estado resulta sustancialmente insuficiente delante de la desproporción de fuerzas entre quien las predispone y quien apenas puede adherir a las cláusulas ya elaboradas.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia (Radicación 11001-31-03-009, 1997) señaló:

Constituyendo un negocio jurídico por o de adhesión, donde de ordinario, el contenido está predispuesto por una de las partes, usualmente en su interés o tutela sin ningún o escaso margen relevante de negociación ni posibilidad de variación, modificación o discusión por la otra parte, aun cuando, susceptible de aceptación, no por ello, su contenido es ilícito, vejatorio o abusivo per se, ni el favor pro adherente e *interpretatio contra stipulatorem*, contra *preferentem*, actúa de suyo ante la presencia de cláusulas predispuestas, sino en presencia de textos ambiguos y oscuros, faltos de precisión y claridad, en cuyo caso, toda oscuridad, contradicción o ambivalencia se interpreta en contra de quien las redactó y a favor de quien las aceptó.

Es decir que, ante la ambigüedad de cláusulas definidas en este caso por el franquiciador, su interpretación se debe hacer en su contra y a favor del franquiciado.

#### **4.2. Atributos del contrato de adhesión con respecto al contrato de franquicia en el sector de alimentos**

Otro aspecto al analizar las particularidades de los contratos de adhesión con respecto al contrato de franquicia del sector de alimentos es el hecho de que éste puede presentar atributos, como también inconvenientes para el franquiciado, aspectos que se detallan a continuación.

- A nivel general, se percibe que este contrato es legal y está autorizado. Cualquier otra alternativa generaría la obstaculización del mercado, y sería inviable la circulación económica que se presenta en el momento, beneficiando la sencillez con que se ejecuta, la celeridad y la circulación a nivel económica que presenta. Aunque se admite la singular fragilidad del franquiciado, debido a que el proponente implanta sus términos contractuales lo que puede acarrear posiciones de atropello provocando un enfrentamiento de tipo jurídico para impedir de manera preventiva el ingreso de cláusulas abusivas e ignoradas por el adherente.
- Prontitud y diligencia al realizar el convenio
- Facilitan el aumento del enriquecimiento
- Interviene en el costo de los bienes y servicios
- Los procedimientos por medio de los cuales se otorga asistencia al franquiciado se dan a través de la inhabilitación de las cláusulas abusivas, las cuales son nulas de pleno derecho, e igualmente, por medio de la

inspección que realizan las entidades públicas encargadas de las actividades de las entidades.

Dentro de los inconvenientes de los contratos de adhesión, se encuentran los que se mencionan a continuación.

- Anulan la voluntad del franquiciado
- Existe disparidad entre proponente y adherente
- No existe eventualidad de discusión
- El texto no es entendible a la luz de una persona del común
- Existe el peligro de las cláusulas abusivas. (Archila Colón, 2015).

En Colombia no existe normatividad específica sobre las franquicias, ya que poco se ha ahondado sobre el tema, sobre todo en lo referente a metodología, ya que la información que se halla está encauzada de forma parcial desde el punto de vista de los franquiciados.

Existen empresas de bienes y servicios cuyo triunfo lo consiguen por diversas causas, empezando por el personal que les labora, la materia prima que utilizan e inclusive la tecnología que usan, así como otra serie de cuestiones que en general conforman los atributos o valores agregados que le posibilitan a la empresa poseer un *good will*, para poder conseguir que este buen nombre se mantenga ante el factible ingreso de terceros que promocionen bienes o servicios parecidos, con el fin de preservar el prestigio en el mercado.

De acuerdo con lo anterior, y con relación a la propiedad intelectual, se tiene conocimiento de la trascendencia que tiene la parte tecnológica, para lo cual es de vital importancia para las empresas dedicadas a la comercialización de tecnologías cuestionarse sobre las razones que hacen que la licencia y la cesión de patentes, así como el secreto industrial o know-how sean considerados métodos para transferir tecnología. También se debe analizar si Colombia posee

tácticas que fomenten el progreso de aptitudes y el impulso para la producción de conocimientos en la parte artística, cultural, científica y tecnológica. Sin embargo, el percance que existe para llevar a cabo este propósito, es a causa de la indiscutible ignorancia de aquellas herramientas de resguardo y aquellos métodos que el franquiciante puede utilizar para amparar su *know-how* por percances con el franquiciado y con terceras personas.

Dentro de los elementos más trascendentales que conforman el contrato de franquicia se encuentra la transferencia de un secreto empresarial o *know-how*. La propiedad intelectual abarca el amparo del producto que surge por la generación que realiza el hombre en las diversas áreas de la tecnología, la industria, la creación literaria y artística.

#### **4.3. Características del contrato de franquicia como contrato de adhesión según la SIC**

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha referido de manera expresa a la naturaleza del contrato de franquicia como contrato de adhesión (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014b). En esa oportunidad la SIC reiteró que se trata de un contrato innominado pero típico, porque es utilizada por los empresarios, y en su celebración imperan la voluntad de las partes intervinientes y la libertad contractual, y se debe observar que no pueden derogarse las leyes relativas al orden y las buenas costumbres, por medio de convenios particulares.

Además, es un contrato consensual: “esa consensualidad que caracteriza al contrato de franquicia derivada del hecho de no estar regulado en la legislación positiva colombiana” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014b, pág. 8). También es un contrato oneroso, característica que se da cuando su objeto es la

utilidad de ambos contratantes, comprometiéndose en beneficio recíproco. “Cuando existen prestaciones a cargo de cada una de las partes en beneficio de la otra. En la franquicia se habla del derecho de entrada y de regalías para el franquiciador, y de derecho a explotar un establecimiento de comercio, una marca, un nombre, recibir un Know-how, para el franquiciado” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014b, pág. 8)

La Superintendencia agrega respecto al carácter conmutativo del contrato de franquicia, que cada parte se obliga a dar o hacer una cosa que se considera equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer en contraprestación, de acuerdo con el artículo 148 del Código de Comercio; esa reciprocidad no está condicionada a una incierta contingencia de ganancia o de pérdida. En cuanto a su carácter bilateral, implica que desde el mismo momento en que se perfecciona, las partes contratantes del contrato de franquicia se obligan de manera recíproca, en concordancia con el artículo 1496 del citado Código, lo que hace cada una de ellas es acreedora y deudora al mismo tiempo, es decir que cada una asume obligaciones frente a la otra.

Explica la SIC que el carácter de contrato de tracto sucesivo de los acuerdos de franquicia se debe a que se concibe con el propósito de que dure en el tiempo, “por tal razón las prestaciones a cargo de ambas partes son de carácter continuo y deben cumplirse en periodos convenidos. Abrir mercados, obtener clientela y lograr una expansión de la actividad, requiere de tiempo y de una ejecución sucesiva” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014b, pág. 9). Adicionalmente es un contrato *intuito personae* dado que la relación entre las partes se basa en la mutua confianza y al momento de celebrarse, se tienen en cuenta las calidades y las condiciones individuales y únicas de las personas contratantes. “*El franquiciador entrega su imagen, su marca, su nombre y un Know-how a una persona (franquiciado) para que se la maneje y para ello debe confiar en las calidades, la capacidad y las condiciones personales de esta.*

*Igualmente, el franquiciado también está arriesgando su buen nombre para el desarrollo de un negocio por el que ha pagado un canon o derecho de entrada y unas regalías” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014b, pág. 9)*

Así mismo tiene el carácter de contrato mercantil, dado que busca regular, constituir, o extinguir una relación jurídica de orden patrimonial, y tiene una función de índole económica, cuyo objeto es la realización de actos de comercio, en el que los contratantes son comerciantes. Agrega la SIC que el de franquicia es un contrato de colaboración, pues su éxito se basa en la colaboración mutua entre las partes. El franquiciador debe colaborar para el franquiciado, para beneficio de los dos; para poder hacerlo, el franquiciado requiere del franquiciador permanente soporte, asistencia y el apoyo del franquiciador.

Respecto al carácter de contrato de adhesión:

El contrato de franquicia es un contrato en el que el franquiciador impone a todos los franquiciados las mismas condiciones, las mismas obligaciones y el objeto de mantener unificada toda su red. La característica de los contratos de adhesión es la de ser impuesto por una de las partes, estar preimpresos, estandarizados, sin embargo, en el de franquicia no es tan estricta esa adhesión porque hay espacios para el intercambio de ideas, para el diálogo, para la negociación. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014b, pág. 10)

No obstante lo señalado por la Superintendencia de Industria y Comercio, en concordancia con lo expuesto a lo largo de este texto, el contrato de franquicia respecto del sector de alimentos, caracteriza los elementos propios de la modalidad de un contrato de adhesión, toda vez que se tiene que dichos contratos vienen estandarizados, dejando opciones nulas para una eventual negociación del franquiciado.

De acuerdo con lo estudiado en este capítulo, entre otros aspectos, la autonomía de la voluntad se caracteriza por la posibilidad de ejercer y plasmar en un contrato lo que las partes desean, con el fin de realizar sus objetivos individualmente considerados. Sin embargo, la estandarización vista en los contratos de franquicia y particularmente en el sector de alimentos, conduce a que el franquiciado en la práctica solamente tenga la facultad de acogerse o no a los términos del contrato de franquicia, que además usualmente ha sido diseñado por expertos abogados que no están al alcance del habitualmente se encuentra en la otra parte, como microempresario. Por las anteriores razones, entre otras en las que se profundiza en este capítulo, se concluye que en la práctica el contrato de franquicia constituya en contrato de adhesión.

#### **4.4. Análisis de un contrato de franquicia celebrado por adhesión.**

Para profundizar el desarrollo del trabajo, resulta preciso analizar un contrato de franquicia, que de acuerdo a los parámetros en que fue celebrado, se trata de un contrato por adhesión.

El anexo A, nos da un claro ejemplo de lo que significa celebrar un contrato por adhesión y particularmente frente a las franquicias de alimentos, donde se tiene un contrato matriz con espacios en blanco sobre el cual simplemente se completan espacios y donde el franquiciado únicamente se adhiere al texto previamente redactado a conveniencia del franquiciante, sin que haya lugar a la discusión del texto.

Al franquiciado no le queda más que aceptar o rechazar el contrato, sin embargo, con el fin de acceder al mercado, resultan aceptando las condiciones impuestas. Es claro que los contratos celebrados por adhesión son plenamente

válidos, luego eventuales teorías sobre vicios en el consentimiento, paralizarían el mercado.

El anexo A contiene cláusulas que son generales y que en su contenido contienen obligaciones para ambas partes, se evidencia que varios acápite del documento son desequilibrados y la forma y naturaleza del documento, particularmente en cuanto a los espacios en blanco, consolidan la celebración del contrato por adhesión del franquiciado.

#### **4.5. Contratos de franquicia mediante contratos de adhesión en Latinoamérica**

En cuanto a la inversión extranjera en franquicias y de acuerdo con lo que señala Rocha (2005) que a causa del acuerdo instaurado en la Comunidad Andina, bajo el cual se impide que las partes puedan convenir estipulaciones sensibles de limitar o deformar la libre competencia, y que perjudiquen de forma dañina el progreso normal de cualquier operador dentro de la red o de un tercero contendiente ajeno a la franquicia. Por lo tanto, la reglamentación andina pronostica como limitantes de la libre competencia aquellos ejercicios de abuso de la posición dominante, bajo la Decisión 608 de 2005 de la Comunidad Andina donde establece que: *“Se presume que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado: La fijación de precios predatorios y la fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios”*. De tal forma, que cualquier disposición dentro de un contrato de franquicia, cuyos impactos le implanten al franquiciado responsabilidades que pueden constituir por parte del franquiciador abuso de la posición dominante, lo cual puede terminar en una investigación y después que se le asigne una sanción para el transgresor. Tales cláusulas son aquellas donde el franquiciante le obliga al franquiciado a abastecerle de determinados productos de manera privilegiada

como proveedor, sin tener la facultad de poderlos conseguir a través de otros agentes del mercado, lo cual podría conducir a condiciones de exageración en los precios de compra. Por tal motivo, debe registrarse ante la autoridad nacional que estipule cada Estado miembro, de manera previa a cualquier contrato de franquicia, a través de una Circular de Oferta de Franquicia, por medio de la cual se otorgue la información técnica, económica y financiera a nivel general, para cualquiera que desee ingresar en el mercado, y de esta manera se impidan atropellos, desinformaciones o modificaciones en las estipulaciones con relación a la oferta inicial por parte del franquiciante.

En Colombia, las disposiciones doctrinales en bien de una reglamentación determinada para la franquicia, han conducido al sector a desempeñar unas actividades de planeación y supervisión por medio de códigos de ética, las Normas Técnicas del ICONTEC y costumbres contempladas por las Cámaras de Comercio, que aunque no sean principios de forzoso cumplimiento, son principios de conducta que posibilitan guiar y proteger de cierta forma las responsabilidades, deberes y derechos de las partes (Romero J. R., 2018).

La franquicia en sí posee un doble propósito, ya que es un contrato que desea conseguir la expansión de la entidad, pero a su vez ofrece la posibilidad a los comerciantes inexperimentados explorar sin ningún tipo de peligro dentro del mercado. Por lo tanto, este tipo de contrato se puede percibir como un acuerdo de voluntades, a través del cual el franquiciador le otorga al franquiciado la utilización del know-how y su propiedad intelectual, le transfiere la utilización de las marcas, logotipos y el saber hacer, el cual, el franquiciado lo puede utilizar o para mercantilizar un producto o elaborarlo, o para mercantilizar servicios en contraprestación de un pago de regalías de acuerdo con las ventas realizadas, con el propósito de descubrir económicamente una empresa dentro de determinada zona geográfica. Todos los anteriores aspectos, el franquiciado

debe realizarlos de acuerdo con las instrucciones y normas del franquiciador, y a su vez, habiendo entre las dos partes libertad financiera.

El contrato de franquicia es un contrato atípico, si se tiene en cuenta que no hay estipulaciones normativas positivas del mismo, es un contrato que desea proporcionar particularidad o exclusividad, en cuanto al territorio de desempeño, la oferta que se realice y el abastecimiento que se haga del mismo por parte del franquiciador a favor del franquiciado, facilitando una ayuda mutua de manera permanente entre las partes intervinientes. Siendo un contrato atípico, debe quedar claro que estos contratos deben ser analizados bajo las normas generales del derecho, de la teoría general de los contratos y las obligaciones, la costumbre mercantil, la analogía, la jurisprudencia, e igualmente, de acuerdo con los parámetros contractuales partes (Romero J. R., 2018). Es decir que, aunque exista libertad en las determinaciones que adopten dentro del contrato, no pueden ir en contravía de las reglas de orden público, debido a que son de forzosa ejecución, reglas que no posibilitan transformaciones, especificaciones o rectificaciones.

Fuera de ser un contrato atípico, como ya se dijo, es un acuerdo de voluntades complicado, debido a que, para poder llevarlo a cabo, internamente incorpora otro tipo de contratos o formas jurídicas, que también deben ser tenidos en cuenta al momento de adentrarse dentro del estudio de la franquicia.

Los componentes básicos que determinan la franquicia producen que este contrato sea bilateral, debido a que ambas partes poseen compromisos que deben asumir, oneroso, porque cada uno de los intervinientes queda gravado y alcanza utilidades, es conmutativo, a raíz de que las prestaciones son semejantes, es consensual porque se desarrolla por el acuerdo de voluntades, y de igual forma, es de ejecución sucesiva, porque los compromisos que se adquieren se llevan a cabo a medida que se va ejecutando el contrato.

Para que el contrato de franquicia conserve la equivalencia de empresa, es primordial que la asesoría que otorga el franquiciador y que le permitió y lo preparó para sostener la empresa sólida, y con triunfos, sea transmitida al franquiciado, con todos los saberes indispensables para que de la misma manera la actividad que va a asumir el franquiciado sea triunfante. También, es necesario que le sea transferido el nombre y/o marca caracterizadora de la entidad y objeto de la franquicia, que sean efectuados rastreos a los procedimientos, guía en cuanto a la imagen de la entidad, acompañamiento, formación, asistencia comercial y técnica, y demás labores trascendentales que permitan el buen desempeño de la entidad.

Igualmente, se puede observar que un contrato que se genera dentro del proceso de la franquicia, debido a que permiten lograr que se lleve a cabo el mismo contrato de franquicia, están, los contratos de licencia de uso de marcas, la transferencia tecnológica y patentes, que permiten que el activo intangible se conserve y así se logre un crecimiento del mercado en base a la similitud empresarial, por lo tanto, es primordial que los franquiciados cuenten con las habilidades que se requieren para conservar el buen nombre y la reputación de la empresa por el cual se establece la franquicia (se deben acatar marcas, denominaciones comerciales, distintivos, patrones de utilidad, todos los derechos de autor y de propiedad industrial que surjan de la operación de la franquicia).

Al interior de los componentes del contrato de franquicia, se debe señalar que, en el ejercicio del mismo, éste se transformó en un contrato de adhesión, donde el franquiciante es quien escoge las estipulaciones bajo las cuales se dará la franquicia, y el franquiciado estará obligado a adherirse a esos principios; de tal suerte, permite contemplar la influencia y el predominio de una parte sobre la parte débil. (Vasco del Rio, 2012).

Igualmente, aunque de acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio (2014), no necesariamente el contrato de franquicia caracterice en la modalidad de un contrato de adhesión, aduciendo que se presenta la posibilidad de que exista reciprocidad de reflexiones, la singularidad del contrato de adhesión es que éste es implantado por una de las partes, al estar prediseñados y estar formulados a través de un patrón y de acuerdo a lo expuesto en este trabajo, se evidencia que la predisposición contractual es impuesta, coartando la posibilidad de negociación.

El contrato de franquicia se puede catalogar como contrato de adhesión, a raíz de que en la mayoría de los casos el franquiciador exige firmar a sus franquiciados un contrato que requiere aprobar si desea adherirse a la red de la franquicia. Habitualmente se recurre a sostener que ese tipo de contrato es al que se han adherido los demás franquiciados, de igual forma, el franquiciado muy pocas veces por múltiples motivos se encuentra en situación de negociar el contrato. De acuerdo con lo anterior, se transforma en un contrato de adhesión, debido a que no se da la posibilidad de convenir sobre lo que comprende el mismo, recayendo la composición de éste a nombre del franquiciador.

Aunque, no obligatoriamente el contrato de franquicia debe ser catalogado como contrato de adhesión, porque existe la factibilidad de realizar acuerdos entre las partes. Debido a que el franquiciador debe legalmente suministrar al franquiciado toda la asesoría que se requiere para que pueda tomar determinaciones de manera autónoma y conociendo los motivos que explican o justifican la realización del contrato y su ingreso a la red, con por lo menos 20 días de anticipación a la firma del convenio, o con la retribución de cualquier cifra económica, puede favorecer a que el franquiciado pueda presentarse ante un consultor para que le sugiera negociar parte del contenido del contrato. (Alvarado Mendoza & Zambrana Zambrana, 2012)

Muy comúnmente la franquicia es un contrato determinado en base a estipulaciones ya preparadas, debido a que el franquiciador, quien posee determinado prestigio, se permite escoger a sus franquiciados e implantar estipulaciones que son para él provechosas. Por lo tanto, se puede afirmar que el contrato de franquicia se determina por la falta de negociación, a causa de que una de las partes implanta las estipulaciones teniendo la facultad de admitirlas o refutarlas, el franquiciado casi siempre se adherirá al contrato, sin la concesión para transformar el contrato que el franquiciador le muestra como patrón, salvo en los términos donde el franquiciador lo permita, como por ejemplo, el territorio, la suma a la que asciende el convenio, los productos que se van a usar y la parte del personal que se va a ver involucrada. El poder económico que posee el franquiciador, al igual que el afán por brindar un trato equitativo, lo dirige a proponer un pacto del cual la parte contraria de la operación no puede eludirla. (Urquidi Merci, 2012).

La franquicia en Colombia se reglamenta a través de un contrato comercial, que es el título final que legitima el proceso de la transacción efectuada entre las partes, y por medio del cual se legalizan los derechos y deberes del franquiciador y el franquiciado por el período que dure dicho contrato. Una de las características más importantes de este contrato, como ya se dijo, es que es atípico, debido a que no se encuentra regulado por la Ley, a pesar de ser típico socialmente, pero está amparado por la Ley de primer nivel, en cuanto a las reglas generales de todos los contratos. A raíz de que el prototipo del contrato de franquicia es una labor claramente comercial, se le pueden fijar ciertas normas del Código de Comercio como las disposiciones generales aplicables a los comerciantes, las disposiciones relacionadas con asuntos de comercio y los bienes mercantiles, así como las de contratos y obligaciones de tipo mercantil. Al igual que la decisión 486 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena que es la normatividad que reglamenta la concesión de marca bajo el artículo 62. También

le son aplicables para este tipo de contratos, las leyes generales referentes a obligaciones, contratos y demás, dispuestas en el Código de Comercio y Código Civil.

Bajo este método de las franquicias, surgen en determinadas ocasiones procesos cruciales, donde por no contar con la consultoría de tipo legal al momento de la composición de las estipulaciones del contrato, han surgido daños económicos innumerables y conflictos trascendentales para los franquiciantes, así se cuente con un patrón de negocio de mucho triunfo, pero no se ha tenido en cuenta la trascendencia que tiene la composición de las cláusulas al momento de concretar el negocio, provocando el desinterés para la celebración de esta clase de contratos.

Por lo tanto, el contrato debe ser lo más definido y transparente posible y que sirva como orientación, para poder ver en él la noción del negocio con sus correspondientes manuales que son la guía que el franquiciante ofrece para transmitir a través de ellos el *know how* al franquiciado. En dichos manuales se debe reglamentar la concesión en las técnicas operacionales, a nivel administrativo, contable y de imagen corporativa, buscando de esta manera evitar que el franquiciado llegue a cometer equivocaciones sobre asuntos sobrepasados por el franquiciante. Las estipulaciones del contrato no deben permitirse ensayar, es decir, que deje ver múltiples apreciaciones al mismo tiempo, debido a que este contrato es un contrato de adhesión, lo que implica que es escrito por una sola de las partes y solamente la otra parte puede o no adherirse al mismo, admitiendo o refutando el contrato en su totalidad. Lo anterior, en razón a que no vale para nada destinar mucho tiempo y recursos para crear un patrón de franquicia, si no se posee una apropiada asesoría de tipo legal que posibilite darle el direccionamiento que se debe, como los derechos, deberes y probables sucesos que puedan surgir durante su desarrollo.

Si bien el contrato de franquicia es de adhesión, aspecto que restringe la gestión entre las partes de las estipulaciones del mismo, se pueden pactar algunas de ellas, con el propósito de que puedan adecuarse a la reglamentación de cada nación o región donde se lleve a cabo el proceso de la franquicia, en cuanto a tratamientos económicos, operacionales, metodológicos, con el propósito de que no se tenga que realizar un contrato distinto por cada uno de los franquiciados que estén dentro del programa que ofrece el franquiciante, aunque casi siempre debe existir homogeneidad entre los mismos. (Amarillo González, 2013).

La responsabilidad contractual del franquiciador se declara superior en el instante en que se está ejecutando el contrato, debido a que el franquiciado solo se adhiere a estipulaciones generales ya preestablecidas, dejando notar que se trata de un contrato de adhesión, donde las estipulaciones del contrato son dadas por el franquiciador, pero el dilema surge al momento de determinar que ha existido en ciertas circunstancias una desautorización de las estipulaciones emitidas en su originalidad, o se ha registrado un atropello en su práctica, el dilema no surge a raíz de que la estipulación se encuentre incluida dentro del contrato, sino porque se ejecute causando atropellos. Cuando se desarrolla el vínculo contractual este nivel de mando por parte del franquiciante puede ejecutarse de manera incorrecta, obligando al franquiciado a asumir algunas obligaciones que le competen al franquiciador, lo cual muestra una práctica injusta de sus derechos.

Un derecho que ha surgido por medio de un contrato y que sea admitido como estabilizador de la unión contractual no se puede utilizar para transferir contingencias o costos a la otra parte, aprovechándose de la disparidad de dominio que posee una de las partes en el contrato. (Herrarte Pineda, 2014).

Como se ha venido afirmando, usualmente el contrato de franquicia es un contrato de adhesión, debido a que el franquiciador es quien redacta de manera unilateral el contrato y el franquiciado puede aceptarlo o rechazarlo, esta característica se muestra perjudicial para el franquiciado debido a que se adhiere a un contrato predispuesto por el franquiciante con cláusulas convenientes para el franquiciante, pero en algunas circunstancias estas cláusulas pueden ser excesivas o arbitrarias para el franquiciado.

Teniendo en cuenta que el contrato de franquicia es atípico y que por lo tanto, deben regirse por las normas generales aplicables a los contratos, debe señalarse también que igualmente existen disposiciones desarrolladas por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) que cobijan los contratos atípicos donde las partes definen los temas de interés, que eventualmente pueden generar una guía para el desarrollo contractual de franquicia, pero que en todo caso, al no existir una normatividad específica e impositiva, conlleva a la estandarización contractual con disposiciones en muchas ocasiones exorbitantes.

También a causa de esta característica de atipicidad, surge la importancia de poder poseer herramientas jurídicas bien constituidas, claras, diáfanas y que otorguen tranquilidad a las partes, debido a que las cláusulas, plazos y particularidades del contrato a potestad e intenciones del franquiciador, por lo tanto, un contrato que se encuentre bien soportado, reglamentaría en su totalidad los múltiples vínculos comerciales que se pueden suceder, aminorando los peligros en el vínculo por medio del cual lo que se espera es que sus intervinientes alcancen rendimientos, preservando los bienes intangibles de dicho contrato y favoreciendo al franquiciado. (Catarina de la Concha, 2004)

## 5. CONCLUSIONES

### 5.1. RESULTADOS OBTENIDOS

De acuerdo con el análisis realizado, el contrato de franquicia puede describirse como una de las modalidades de contratos de colaboración.

El contrato de franquicia se suscribe entre un franquiciador y un franquiciado, y este último transfiere al primero tanto unos bienes materiales, como unos bienes jurídicos que permiten aprovechar un mercado y generar utilidades. Dentro de los bienes jurídicos que transmite el franquiciador están la marca y el *know how*, es decir, todo el conjunto de conocimientos necesarios para el óptimo desarrollo de la actividad comercial y la maximización de los beneficios económicos, para beneficio común.

En este contrato y para el caso particular en estudio, el franquiciador es el experto tanto en los aspectos técnicos y/o tecnológicos relacionados directamente con el proceso productivo, como en los aspectos contables, administrativos, comerciales, de marketing e incluso de publicidad cuya correcta aplicación ha sido probada como exitosa. Mientras que el franquiciado obtiene como beneficio el acceso rentable a un mercado que le es desconocido para él, el franquiciador logra acceder a un territorio al que no habría podido llegar sin los recursos económicos que aporta el franquiciado, y logra que sus productos compitan con los de otros proveedores, bajo condiciones que puede controlar.

El contrato de franquicia incluye elementos reales como la licencia de marca, el *know how*, la asistencia técnica y contable, el valor o precio y la territorialidad o exclusividad territorial. Así mismo, se caracteriza por su unilateralidad, la inflexibilidad del bosquejo anticipado por el empresario, el nivel de complicación y conocimiento técnico necesarios para la aplicación de los

recursos, la diversidad de personas a las que va destinado, la desigualdad entre las partes y el nivel de carencia.

Por otro lado, en el contrato de adhesión existe una parte más fuerte y otra más frágil. La parte más fuerte posee personal idóneo, con labores previamente establecidas, con la meta de conseguir beneficios económicos. Estas partes también pueden identificarse en los contratos de franquicia, y genera desigualdad en las posiciones de negociación, lo que puede conducir a que se conformen contratos arbitrarios.

En el contrato de adhesión, el adherente solo tiene la opción de acceder o no al contenido del contrato y decidir si los suscribe o no. Esta característica ha ocasionado que los contratos de adhesión cuenten con la mediación o regulación del Estado en el mercado. Cuando no existe esa intervención, el contrato de adhesión se presta para situaciones de abuso, debido a que la parte dominante se ve inclinada a aprovecharse de su capacidad de influencia, incluyendo cláusulas que solo le benefician a ella y desfavorecen a la parte débil.

Las cláusulas abusivas son preparadas únicamente por una parte y constituyen asimetría exagerada y arbitraria entre los derechos y los compromisos de las partes. Estas cláusulas abusivas quebrantan el principio de la buena fe, lo cual también puede suceder en los contratos de franquicia, particularmente las estipulaciones de no competencia, las estipulaciones de exclusividad y las estipulaciones que restringen o libran de responsabilidad. De acuerdo con la Comunidad Andina, se presume como conductas de abuso de una posición dominante la fijación de precios predatorios, así como la injustificada fijación, imposición o establecimiento de la exclusiva distribución de bienes o servicios, que pueden hacer parte de los contratos de franquicia.

A pesar de tratarse de un contrato atípico, el contrato de franquicia no puede ir en contravía de las Leyes generales de orden público y generales

aplicables a las obligaciones y contratos y exige que el franquiciador transmita toda la asesoría que permite sostener la solidez de la empresa. Estos elementos llevaron a la Superintendencia de Industria y Comercio a observar que una de las características del contrato de franquicia es la de considerarlo en ciertas características como contrato de adhesión, en la medida en que el franquiciador precisa al franquiciado a someterse a las cláusulas, con el propósito de conservar identificada toda su red. Es decir que en la medida en que las partes negocien o acuerden características particulares, distintas al clausulado estándar, el contrato de franquicia no puede dejar de considerarse un contrato de adhesión.

Debido a que su diseño se basa en unas cláusulas previamente definidas por el franquiciador, puede concluirse que el contrato de franquicia limita la autonomía de la voluntad del franquiciado, debido a que la facultad que le asiste es la de aceptar o rechazar su contenido, con lo cual restringe la posibilidad de negociar acuerdos sobre algunos aspectos que quisiera modificar.

## **5.2. RECOMENDACIONES**

A partir de las conclusiones del trabajo se pueden identificar tres recomendaciones centrales. La primera, en el sentido de que las partes, franquiciador y franquiciado, lleven a cabo un proceso de negociación a través del cual se acuerden condiciones que eliminen situaciones que puedan tipificarse como abusivas. Obviamente el contrato de franquicia debe reunir unas condiciones generales comunes a todos los contratos, de conformidad con lo establecido por las fuentes de derecho en Colombia.

Adicionalmente, el contrato de franquicia no debe incluir cláusulas expresamente prohibidas o abusivas, como son las que autorizan al franquiciador a realizar modificaciones unilaterales o sustraerse de sus obligaciones.

La tercera recomendación es la constitución de agremiaciones de franquiciados, por medio de las cuales se fortalezca la posición de negociación de los franquiciados, por medio de códigos o tribunales de ética que se encarguen de juzgar situaciones que puedan tipificarse como abusos de la posición dominante. Sin embargo, esta alternativa también requiere del apoyo del Estado por medio de mecanismos que les otorguen reconocimiento jurídico a estas agremiaciones, de manera similar a lo que sucede con los tribunales de ética médica en los casos de responsabilidad en asuntos relacionados con la salud de los pacientes.

Una recomendación adicional que va de la mano con la anterior es en el sentido que las agremiaciones de franquiciados fortalezcan su estructura jurídica de manera que puedan brindarles a sus afiliados la asistencia necesaria para enfrentar los procesos legales que puedan surgir durante la ejecución de sus respectivos contratos. Este apoyo jurídico permite acumular y aprovechar la experiencia que se puede generar con la especialización en procesos relativos exclusivamente a este tipo de contratos. Si bien cada franquiciado seguramente no tiene la capacidad suficiente para contratar por su cuenta a bufetes de abogados especializados en todo lo relacionado con la legislación relacionada con los contratos de franquicia, una agremiación sí puede contar con el músculo económico que supone ese propósito.

Además del soporte jurídico, la negociación como agremiación nivela un poco las fuerzas entre los franquiciados y los franquiciadores, dado que para estos últimos puede que no resulte crítico dar por terminado un contrato de franquicia individual, mientras que sí puede representar un verdadero conflicto el riesgo de perder a todos sus franquiciados o a un alto porcentaje de ellos que representan su marca en el país.

Adicionalmente las agremiaciones, en la medida en que logran coordinar sus acciones y actuar de manera unificada, pueden constituirse en influenciadores ante el sistema legislativo, con el fin de propiciar la aprobación de normas que los favorezcan y que garanticen el equilibrio.

Es decir que el fortalecimiento de las agremiaciones de franquiciadores, de acuerdo con los anteriores argumentos, ejerce influencia en el terreno judicial, comercial y legislativo.

### **5.3. CONCLUSIÓN GENERAL**

Como conclusión general se puede señalar que el contrato de franquicia para el caso particular de multinacionales de alimentos, se puede llegar a caracterizar dentro de la modalidad de un contrato de adhesión, en la medida en que no se permite al franquiciado la oportunidad de negociar las cláusulas que ha fijado el franquiciador. Esta situación es especialmente crítica en el caso de las franquicias de alimentos, debido a que la naturaleza del negocio puede generar una mayor posición de dominio del franquiciador sobre el franquiciado. Sin embargo, como contrato atípico, está sujeto a las normas generales sobre contratos y obligaciones vigentes en el país.

El hecho de que en la práctica se comporte como un contrato por adhesión, crea la necesidad de que el franquiciado deba ser especialmente cauteloso al momento de tomar su decisión de suscribirlo o no, teniendo en cuenta que se trata de un vínculo que se mantiene por un término y que genera múltiples obligaciones y necesidades de diferente naturaleza. La conformación de organizaciones de franquiciados contribuye a fortalecer la posición de negociación frente a los franquiciadores.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo Monsalve, Andrea. y Chung Park, Sara. (2014). Estado actual de las franquicias en el sector servicios en Colombia y sus perspectivas de desarrollo. Medellín: Escuela de Ingeniería de Antioquia.
- Alvarado Mendoza, Farah. y Zambrana, Alejandra. (2012). Naturaleza jurídica del contrato de franquicia. Managua: Universidad Centroamericana.
- Amarillo González, Hanyio Gissel. (2013). Análisis de la mejor opción para crear empresa en Colombia entre adquirir franquicia e iniciar negocio nuevo. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Arango González, Claudia Susana y Aguirre Duque, Karol Estefany. (2016) Plan de mercadeo para la Franquicia Maclars SAS-La Arepería, en el sur de Cali año 2017. Cali: Universidad Autónoma de Occidente.
- Archila Colón, Alian Elias. (2015). El contrato de consumo, la protección del consumidor. Guatemala de la Asunción: Universidad Rafael Landívar.
- Arias Gina, Vanessa y Navia Jorge, Andrés. (2015). De la legitimación en la causa de terceros en la reclamación de la indemnización derivada del seguro de vida grupo deudores. Cali: Pontificia Universidad Javeriana.
- Arias Schreiber, Max. (2011). Contratos modernos. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Báez Méndez, Mónica Juliana. (2011). La autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de consorcios y uniones temporales. Nuevos paradigmas de las ciencias sociales latinoamericanas. Vol. II. págs. 67-80.

- Blázquez, Álvarez David. (2016). Las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación al servicio de la franquicia en España: análisis y diagnóstico. Alicante: Universidad de Alicante.
- Bolaños J., Guerrero E. y Nisso. G. (2016). Sistema de gestión del conocimiento para generación de escenarios didácticos para la diversidad. Tecnura. págs. 108-121.
- Bolaños Sanchez, Andrés y Giraldo Mesa, Isabel. (2016). Marcas y patentes en el contrato de franquicia. Bogotá: Universidad CES.
- Cámara de Comercio de Bogotá. (2017). Aspectos a tener en cuenta al comprar o vender una franquicia [En línea]. 26 de noviembre de 2017. <https://www.ccb.org.co/Sala-de-prensa/Noticias-sector-Agricola-y-Agroindustrial/Noticias-2017/Aspectos-a-tener-en-cuenta-al-comprar-o-vender-una-franquicia>.
- Catarina de la Concha, Uriel. (2004). Contrato de franquicia y sus prácticas monopolísticas. México: Universidad Autónoma de México.
- Cera Insignares, Silvana. (2015). Contrato de Franquicia Internacional en el marco del TLC Colombia-USA. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Código de Comercio Presidencia de la República. Bogotá: Decreto 410, 1971.
- Comisión de la Comunidad Andina (2000). Decisión 486 [En línea] Wipo. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>.
- Corredor Amaya, Laura Natalia. (2016). La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros. Iter Ad Veritatem. págs. 283-320.
- Corte Constitucional. Sentencia T-338 (1993).. Bogotá: Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- DANE. (2017). Encuesta Anual Manufacturera – EAM - 2013 A 2015 [En línea]. 2017. 26 de noviembre de 2017. [https://formularios.dane.gov.co/Anda\\_4\\_1/index.php/catalog/491/datafile/F6/V2094](https://formularios.dane.gov.co/Anda_4_1/index.php/catalog/491/datafile/F6/V2094).
- Danies Conde, Fernando. (2016). Las franquicias internacionales de comidas rápidas en la ciudad de Barranquilla, como generadora de empleo. Dictamen Libre. Vol. 8. págs. 17-32.
- Della Croce, Cecilia. (2016). Franquicias. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata.
- Díaz Bravo, Bernardo. (1983). Contratos Mercantiles. México: Editorial Harla.
- Díaz Silva, Alfredo. (2016) Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares. Revista de Economía y Derecho. págs. 89-99.
- Echeverri Salazar, Verónica María. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. Opinión Jurídica. Vol. 19. págs. 127-144.
- Ferrandis Torres, José. (2003). Comentarios a la obra El contrato de Gino Gorla. Barcelona: Casa Editorial.
- Ferri, Luigi. (2001). La autonomía privada. Revista de Derecho Privado. Granada.
- Franco, Lina María y Pulecio Tangarife, Tahiana. (2015). Desarrollo del modelo de internacionalización de la empresa 14 PFR través de una franquicia de servicio de actividad física laboral en España. Medellín: Institución Universitaria Esumer.
- García Espinosa, Mario. (1982). Transferencia de tecnología. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

- González, Jeanneth y Arroyo Cavazos, Judith. (2015). Franquicias del noreste mexicano: Incentivos de crecimiento. *Revista Venezolana de Gerencia*. págs. 20-27.
- González Pérez, Francisco Javier. (2014). *El contrato de franquicia. Un nuevo modelo para las nuevas tendencias y necesidades del mercado*. Granada, España: Universidad de Granada.
- Guardiola Sacarrera, Santiago. (1993). *Sistemas de franquicias en México*. México: McGraw-Hill.
- Guzmán López, Fabián. (2005). *El contrato de franquicia internacional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Hernández, Carlos Arturo. y Pardo Nohora Elena. (2013). La interpretación de las cláusulas del contrato en el marco del orden jurídico. *Criterio Jurídico Garantista*. Vols. Ene-Jun. págs. 124-134.
- Hernández Sampieri, Roberto. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: McGraw Hill.
- Herrarte Pineda, Gustavo. (2014). *Consecuencias jurídicas de la utilización del contrato de franquicia comercial en Guatemala*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Herrera Navas, María Fernanda y Moreno Mosquera, Andrés Mauricio. (2009). *El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*. Vniversitas. Bogotá: Universidad Republicana. págs. 81-92.
- Llain Arenilla, Shirley e Insignares Cera, Silvana. (2016). Efectos del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos en torno al Contrato de Franquicia internacional. *Vniversitas*. págs. 21-58.

- Loaiza, Lina María. (2012). Panorama del contrato de franquicia en Colombia: Entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la norma técnica. Santiago de Cali: Universidad Icesi.
- Lobo Mejía, Jaime Andrés. (2016). La fijación unilateral de precios bajo las reglas de la libre competencia en el contrato de franquicia en Colombia. Revista Derecho Competencia. págs. 237-287.
- Loo Sagastegui, Frank Antonio; Parra Balvin, Luis Renato; Valverde Wilmang, Fernando Marco Antonio. (2017) Factores críticos de éxito de las franquicias extranjeras de fast food en Lima Metropolitana comprendida en el periodo 2005-2015. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
- López Guzmán Javier. (2005). El contrato de franquicia internacional. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- López Guzmán, Javier. (2002). Contratos internacionales de Transferencia de Tecnología: El Know how. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- López Loaiza, Javier. Los contratos, parte general. (1998). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da. Edición.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de Contratos. (2004). Buenos Aires: Culzoni Editores. Vol. Tomo I.
- Martínez Salcedo, Juan y Vargas Chaves, Iván. (2015). La afectación de la marca de tabaco por las medidas de empaquetado genérico. Vniversitas. págs. 235-272.
- Mejía Flórez, Jaime Mario. (2017). De la responsabilidad extracontractual del franquiciante y franquiciado, por daños causados a terceros en la legislación colombiana. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- Miñano de Mora, Fernando. (2015). El modelo de farmacia español, formas jurídicas, implicaciones tributarias y limitaciones normativas. Madrid: Universidad Internacional de La Rioja.
- Miralles, Pascual y Sánchez, Raúl. (2016). Análisis de estados contables. Barcelona: Ediciones Pirámide.
- Molina Arias, Estefanía. (2017). El Contrato de Franquicia Internacional: Análisis Normativo y de la Práctica Comercial en Colombia. EjiL-EAFIT Journal of International Law. 2: Vol. 7. págs. 68-95.
- Montserrat Gauchi, Juan, Quiles Soler, Martha y González Díaz. Carolina. (2014). La innovación en las estrategias para la captación de franquiciados. Palabra clave. págs. 271-299.
- Montoya Medina, Carmenza. (2012). La autonomía de la voluntad y los contratos de adhesión. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Moreno Velilla, Marco Antonio. (2016). El contrato de franchising. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. págs. 73-107.
- Muñoz Jarne, Pablo. (2016). Algunas consideraciones sobre la problemática regulación de los contratos de distribución comercial. Ars Iuris Salmanticensis. págs. 42-75.
- Ochoa Pesántez, Daniela. (2014). Análisis Jurídico comparado del Franchising o Contrato de Franquicia en Estados Unidos, Unión Europea y América Latina. Cuenca, Ecuador: Universidad del Azuay.
- Osorio Moreno, Néstor David. (2013). Las cláusulas excepcionales en la actividad contractual de la administración pública ¿autonomía de la voluntad o imposición del legislador? Revistas Digital de Derecho Administrativo. págs. 95-108.

- Parra Pardo, Diana Julieth. (2015). Régimen tributario aplicable a los contratos de cuentas en participación en Colombia. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Pérez y Asociados. (2013). Guía de buenas prácticas de franquicia [En línea] // Novedades. 15 de marzo de 2013. <http://www.colombiafranquiciascom/publicaciones6.htm>.
- Plazas, Rodrigo. (2011). El Know-how dentro de los contratos de franquicia en Colombia. Revista Republicana. págs. 67-79.
- Plazas, Rodrigo. (2013). El protocolo de Madrid y el régimen de las franquicias en Colombia. Prolegómenos - Derechos y Valores. págs. 155-172.
- Plazas, Rodrigo. (2015). El contrato de franquicia, su evolución y su injerencia en el desarrollo económico colombiano. Revista Republicana. Vol. 8. págs. 81-92.
- Quiroga Olaya, Andrés Felipe. (2012). Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la comunidad andina. Revista de Derecho Privado. Bogotá. págs. 1-31.
- Radicación 11001-31-03-009 de 1997. Corte Suprema de Justicia. Bogotá: Magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla.
- Ramírez Capacho, Andrés Felipe. (2016). El contrato de franquicia y sus efectos laborales. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás, 2016.
- Rocha Libreros, Juan Carlos. (2005). Las inversiones internacionales según el TLC. Aproximación jurídica al tratado de libre comercio. [s.l.]: Universidad del Rosario - Cámara de Comercio de Bogotá.

- Rodríguez, María Camila y Mora, Néstor. (2013). K-LISTO: Franquicia como una estrategia de expansión. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez Guerrero, Bárbara Beatriz. (2017) Factores que permiten impulsar el uso de franquicias exitosas en Nuevo León. Monterrey, México. Universidad de Nuevo León
- Romero, Julian René. (2018). El contrato de franquicia internacional. Entre la atipicidad pura y la tipicidad social: un reto al sistema de fuentes (propuesta desde Colombia). Bogotá D.C.: Editores Leyer.
- Romero Zabala, Luis Humberto. (2017). El contrato de “joint venture” o de riesgo compartido. *Ágora*. págs. 179-194.
- Sainz de Vicuña, José María. (2017). El plan estratégico en la práctica. *Esic*. [s.l.]: Esic Editorial. pág. Esic Editorial.
- Salazar, Diego Fernando. (2006). Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la actividad contractual. *Revista de Derecho Privado*. pág. 37.
- Salgado Figueroa, Eduardo. (2016). Las formalidades ad luciditatem y ad regularitatem en el contrato de franquicia en Colombia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*. págs. 49-66.
- Scognamiglio, Renato. (1996). Teoría General del contrato. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Traducción de Fernando Hinestrosa.
- Sentencia C-815 de 2001. Corte Constitucional. Bogotá: Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- Stiglitz, Rubén. (1994). Cláusulas abusivas en el contrato de seguro. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Suárez López, Bernardo, Fuentes Contreras Ernesto y Rincón Villegas Álvaro. (2011). Anuario Justicia y razón, programa de derecho. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Radiación 14-032810- -00002-0000. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Ubau Barrantes, Aranes. (2016). El contrato atípico de Know How. Managua: Universidad de Nuevo León.
- Urquidi Merci, Fernando. (2012). Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del contrato de franquicia en Bolivia. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Vasco del Rio, Claudia Andrea. (2012). La franquicia como mecanismo idóneo de comercialización global: Protección de los derechos del franquiciado frente a las importaciones. Pensamiento y poder. págs. 47-65.
- Vega, Yuri. (2001). El derecho del consumidor y la contratación contemporánea: Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo En: Alterini, A., Contratación contemporánea Tomo Contratación contemporánea. Bogotá: Temis en Colombia y Palestra en Perú.
- Zúñiga Mejía, Ismael, Flores Ortiz, María Virginia y Vega López, Alfonso. (2016). Factores para la competitividad de la industria restaurantera en Tijuana. Institute for Business & Finance Research. págs. 101-112.

## APÉNDICE

### Anexo A. Ejemplo de contrato de franquicia celebrado por adhesión en Colombia.

Se anexa el presente documento para fines académicos, sobre el cual, por razones de confidencialidad, se han eliminado algunos espacios de su contenido, como las partes suscriptoras y contraprestaciones económicas.

#### CONTRATO DE FRANQUICIA



Entre los suscritos, de una parte [REDACTED], mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía N° [REDACTED] expedida en [REDACTED] quien obra en nombre y representación de [REDACTED], que en adelante se denominará EL FRANQUICIANTE, y por la otra, [REDACTED] también mayor y vecino de BOGOTÁ, identificado con la cédula de ciudadanía N° [REDACTED] expedida en ESPINAL (TOL.), quien obra en nombre propio (o en representación de [REDACTED]) y quien en adelante se denominará EL FRANQUICIIDADO, hemos convenido celebrar el presente **CONTRATO DE FRANQUICIA**, que se registrará por las siguientes cláusulas:

**PRIMERA: Objeto.** EL FRANQUICIANTE, propietario de la marca [REDACTED] registrada en la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el N° [REDACTED] concede el uso de dicha marca y todo lo que esta involucra (a saber el nombre comercial, emblema, modelos, diseños y know how) para ser explotada por el FRANQUICIIDADO. El punto focal estará ubicado en el municipio de [REDACTED] particularmente entre las [REDACTED] de [REDACTED] dicho municipio.

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

**TERCERA: Regalías.** La utilización de la franquicia no generará cobro de regalías. Pero sí un derecho a cargo del FRANQUICIIDADO y a favor del FRANQUICIANTE, por concepto de administración, equivalente a [REDACTED] pagaderos dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes.

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



000014

en la iniciación de la franquicia y durante la explotación de las unidades de venta por EL FRANQUICIADO.

**QUINTA: Obligaciones del FRANQUICIADO.** 1. Comercializar los productos con las especificaciones impuestas por EL FRANQUICIANTE. 2. Comercializar los artículos producidos o designados por EL FRANQUICIANTE. 3. No explotar directa o indirectamente la franquicia por medio de establecimientos similares al de la franquicia. 4. Utilizar durante la vigencia del contrato el Know How y Licencia de Marca concedida por EL FRANQUICIANTE sólo para la explotación de las franquicias. 5. No Revelar el contenido del Know How suministrado por EL FRANQUICIANTE. 6. Contribuir mediante el cumplimiento de las directrices indicadas por EL FRANQUICIANTE, a la buena reputación y éxito de la cadena. 7. Asistir a cursos de preparación o actualización suministrados por EL FRANQUICIANTE. 8. Desplegar las actividades administrativas y operativas necesarias para el desarrollo y la explotación adecuada de cada una de las franquicias. 9. Informar al FRANQUICIANTE, sobre las mejoras en los procedimientos técnicos y comerciales empleados en la explotación de la franquicia. 10. Disponer de un inventario suficiente, en calidad y variedad para satisfacer las necesidades de la clientela según las políticas vigentes de manejo de inventarios del franquiciante. 11. Aplicar los precios de venta definidos por EL FRANQUICIANTE. 12. Utilizar los signos distintivos del FRANQUICIANTE, mantener una política publicitaria y promocionar de acuerdo con las necesidades de la franquicia. 13. Respetar las normas de explotación y gestión pactadas, llevando adecuadamente la contabilidad y aceptando los controles del FRANQUICIANTE establecidos en el contrato. 14. Realizar el manejo del dinero producto de las ventas según las políticas establecidas por el franquiciador. 15. Registrar cada uno de los establecimientos de comercio que llegare a tener el FRANQUICIADO en la Cámara de Comercio con la razón social. 16. El uso de la marca correrá por cuenta y riesgo del FRANQUICIADO, quien responderá por las infracciones civiles, policiales y administrativas en general e incluso con las multas derivadas de los mismos durante el término del presente contrato y hasta que cese el uso de la marca. 17. El pago de impuestos, tasas, gravámenes, creados o a punto de crearse, derivados de uso de la marca en el sitio respectivo correrán a cargo del FRANQUICIADO. 18. Cumplir a cabalidad el manual de operaciones adoptado por el FRANQUICIANTE, utilizar el uniforme completo que le sea suministrado, y procurar con la mayor atención el mantenimiento del coche y demás elementos que éste le provea. 19. Entregar al FRANQUICIANTE un pagaré en blanco a su cargo, con el aval de un fiador solvente, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y en particular para responder por la devolución oportuna del coche. 20. Suscribir con el FRANQUICIANTE el contrato de comodato que regule la entrega tanto del coche o coches como de los otros elementos aptos para el desempeño de su labor. 21. Registrarse como comerciante ante la Cámara de Comercio.

**SEXTA: Terminación y prórroga.** La duración del presente contrato será de \_\_\_\_\_ AÑOS, contado desde el \_\_\_\_\_. El contrato podrá ser prorrogado previo acuerdo de las partes que se hará constar por escrito. En caso de terminación EL FRANQUICIADO renuncia a cualquier indemnización por clientela en el territorio pactado.

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



34

000015

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

**NOVENA: Cláusula penal.** Si cualquiera de las partes incumpliere una cualquiera de las obligaciones a su cargo, deberá pagar a la otra una suma equivalente al 20% de los derechos previstos en la cláusula segunda de este contrato, a título de pena derivada de dicho incumplimiento.

**DECIMA: Cláusula compromisoria.** Las partes contratantes acuerdan someterse previamente a la decisión de amigables componedores sobre las divergencias que surjan como producto del presente contrato. Pero si la diferencia o controversia no se resuelve dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que se acuerde acudir a los amigables componedores, las partes convienen que la diferencia entre las mismas, por razón o con ocasión del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento, cuyo domicilio será Bogotá D.C., integrado por tres (3) árbitros designados conforme a la ley. Los procesos arbitrales que ocurrieren se registrarán por lo dispuesto en la Ley 1563 de 2012 y en las demás normas que modifiquen o adicionen la materia.

En constancia de lo anterior, se firma en la ciudad de Bogotá D.C., a los        días del mes de  
del año