

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

**LAURA CATALINA GALEANO DAZA**

**MARIA XIMENA NEIRA RODRÍGUEZ**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C. 2008**

**EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

**LAURA CATALINA GALEANO DAZA**

**MARIA XIMENA NEIRA RODRÍGUEZ**

**Presentado para optar al título de abogado**

**MARIANA BERNAL**

**Directora**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C. 2008**

**“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.**

Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.

## TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	8
1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FRANQUICIA.....	10
1.1. PRIMER ESTADIO – LA DISTRIBUCIÓN.....	11
1.2. SEGUNDO ESTADIO – EL ‘MARKETING’.....	12
2. CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	15
2.1. DIFERENTES POSICIONES.....	17
2.1.1. La franquicia desde una perspectiva económica.....	18
2.1.2. La franquicia desde una perspectiva jurídica.....	19
2.1.2.1. Como contrato de concesión.....	19
2.1.2.2. Como contrato de suministro.....	23

2.1.2.3.	Como contrato de distribución.....	26
2.1.2.4.	Como contrato de licencia.....	29
2.2.	NUESTRA POSICIÓN.....	31
2.3.	LEY MODELO DE UNIDROIT.....	33
3.	CARACTERÍSTICAS.....	37
3.1.	ONEROSIDAD.....	37
3.2.	CONMUTATIVIDAD.....	43
3.3.	BILATERALIDAD.....	46
3.3.1.	La excepción del contrato no cumplido.....	48
3.3.2.	La Condición Resolutoria Tácita.....	49
3.4	CONSENSUALIDAD.....	50
3.5.	TRACTO SUCESIVO.....	51
3.5.1.	Efectos de la nulidad y la resolución del contrato.....	52

3.6.	MERCANTILIDAD.....	53
3.7.	ATÍPICIDAD.....	54
4.	CLASES DE FRANQUICIA.....	60
4.1.	SEGÚN LOS DERECHOS QUE SE OTORGAN.....	60
4.1.1.	Individual.....	60
4.1.2.	Múltiple.....	60
4.1.3.	Plurifranquicia.....	61
4.1.4.	Máster o principal.....	61
4.2.	SEGÚN EL OBJETO DE LA FRANQUICIA.....	63
4.2.1.	Industrial.....	63
4.2.2.	De distribución.....	64
4.2.2.1.	Exclusiva.....	65
4.2.2.2.	No exclusiva.....	69
4.2.3.	De conversión.....	69

4.2.4.	De servicios.....	69
4.3.	SEGÚN LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO.....	71
4.3.1.	De marca o de Primera generación.....	71
4.3.2.	De negocio o de Segunda generación.....	72
4.3.3.	De formato o de Tercera generación.....	72
5.	ELEMENTOS DEL CONTRATO.....	73
5.1.	LA INDEPENDENCIA ENTRE LAS PARTES.....	74
5.2.	LA MARCA.....	76
5.3.	EL NOMBRE COMERCIAL.....	78
5.4.	EL KNOW HOW.....	79
5.4.1.	El manual de normas gráficas (Manog) .....	81
5.4.2.	El plan de instalación-tipo (Pat).....	82
5.4.3.	El manual de venta (Manuvent).....	83

5.4.4.	La carpeta de información.....	82
5.4.5.	El manual de procedimiento (Manpro).....	83
5.4.6.	El manual económico – financiero.....	83
5.4.7.	El manual jurídico.....	84
5.5.	REMUNERACIÓN.....	84
5.5.1.	Pago inicial.....	85
5.5.2.	Pago periódico o Royalty.....	85
5.5.3.	Pago de servicios específicos.....	85
5.6.	ASISTENCIA TÉCNICA Y/O COMERCIAL.....	86
5.6.1.	La asistencia previa.....	87
5.6.2.	La asistencia posterior.....	88
5.7.	TÉRMINO.....	89
5.8.	EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL.....	90
5.8.1.	Por parte del franquiciante.....	90

5.8.2.	Por parte del franquiciado.....	90
5.9.	CONTROL.....	92
6.	OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	94
6.1.	OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE.....	94
6.1.1.	Transferencia.....	95
6.1.1.1.	Conceder la licencia de uso de marca.....	98
6.1.1.2.	Autorizar el uso del nombre comercial.....	99
6.1.1.3.	Transferencia del know how.....	100
6.1.2.	Asistencia.....	102
6.1.3.	Supervisión.....	104
6.1.4.	Financiación.....	106
6.2.	OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO.....	107
6.2.1.	Pago de la remuneración o canon.....	107

6.2.2.	Información.....	109
6.2.3.	Adquirir licencias.....	110
6.2.4.	Seguir instrucciones.....	111
6.2.5.	Confidencialidad.....	111
7.	LA RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS.....	115
7.1.	NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR.....	117
7.2.	PUBLICIDAD Y GARANTÍA.....	121
8.	CONSIDERACIONES FINALES.....	125
	BIBLIOGRAFÍA.....	128

## INTRODUCCIÓN

El estudio sobre el contrato de franquicia que se abordará en el presente documento, cobra importancia debido al gran auge que se ha presentado sobre este tipo negocial a través de los últimos años, ya que se trata de una importante herramienta en el desarrollo de las relaciones comerciales, no sólo a nivel local, sino internacional, permitiendo a grandes rasgos, por una parte – la del franquiciante – la expansión de su negocio con un mínimo de inversión de recursos así como la constante obtención de regalías provenientes del franquiciado; y por la otra – la del franquiciado – el desarrollo de un negocio que por su experiencia ha demostrado ser exitoso, por la eficiencia de los procesos empleados en el mismo y por el reconocimiento que ese negocio tiene dentro del mercado, facilitándole, de esa forma, la obtención de beneficios que de no ser por la ayuda del franquiciante, tomarían no sólo más tiempo y dinero, sino que además, implicarían un riesgo en el emprendimiento disminuyendo las probabilidades de éxito.

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), plasma en la Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional, los beneficios que esta figura tiene cuando el negocio se celebra en el plano internacional, en los siguientes términos:

“Por introducir el *know-how* comercial a las economías en desarrollo o economías en transición, la franquicia internacional está jugando cada vez más un papel más importante. Las reformas micro complementan la gran escala de cambios económicos y financieros que llegan con la rápida expansión del desarrollo global en materia comercial e

industrial. La franquicia internacional está jugando un papel vital al asegurar una productiva transferencia de tecnología y al aumentar los niveles de inversión extranjera que son tan importantes en el desarrollo de economías emergentes.”<sup>1</sup>

Sin embargo, a pesar de la importancia mencionada, este contrato, por su calidad de atípico, no cuenta con una regulación suficiente de carácter formal que permita determinar sus aspectos más importantes, de tal forma que otorgue a quienes se encuentren interesados en celebrar un acuerdo de esta naturaleza, claridad suficiente acerca de las diferentes implicaciones jurídicas y económicas que el mismo trae consigo.

Es por ello que en el presente escrito se pretende determinar cuáles son dichas implicaciones, haciendo un análisis acerca de su naturaleza jurídica; la evolución de esta figura; sus características, entendidas éstas dentro de la teoría general de los contratos; las diferentes clases de franquicia existentes; los elementos determinantes del contrato – que de tratarse de un contrato típico podrían asegurarse esenciales; las obligaciones que surgen para cada una de las partes y, finalmente, el tema de responsabilidad de franquiciante y franquiciado frente a terceros, refiriéndonos de forma particular a los consumidores, cuando a ellos se causan perjuicios, bien sea por las acciones, omisiones o productos defectuosos del franquiciado, aún cuando entre consumidor y franquiciante no exista una relación contractual que lo legitime para interponer las acciones pertinentes.

---

<sup>1</sup> UNIDROIT. Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. Roma. 2005. Pág. v

## 1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia, como todas las demás relaciones de carácter económico que cobran importancia en el ámbito negocial, particularmente aquellas que nacen directamente de las necesidades de quienes las aplican, ha sufrido cambios en su concepto y aplicación, lo que ha contribuido a determinar los elementos que tiene esta figura actualmente.

El primer acercamiento al concepto de franquicia se presentó en Europa en la edad media<sup>2</sup>, época en la cual la iglesia católica concedía a ciertos señores feudales, autorizaciones para que en su nombre, se encargaran de recolectar los impuestos debidos a aquella, recibiendo como remuneración un porcentaje de dichos impuestos, el cual retenían y posteriormente enviaban el restante a las autoridades eclesiásticas.

Sin embargo, dicho concepto de franquicia, como se evidencia, se refiere a las relaciones de los particulares – señores feudales – con una autoridad pública – la iglesia – lo cual, según Osvaldo Marzorati, se asemeja mas a “las actuales concesiones del poder público a favor de empresas particulares o de economía mixta para que exploten ciertas actividades tales como transportes públicos, educación, energía eléctrica, teléfonos y otros”<sup>3</sup>, relación que extralimita el ámbito del presente estudio, debido a que en este punto lo que nos interesa es abordar el contrato de franquicia como relación comercial entre empresarios.

---

<sup>2</sup> MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución comercial*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1995. Pág. 187

<sup>3</sup> *Ibid.*

Así las cosas, podría decirse que la franquicia, como acuerdo entre particulares ha pasado por dos estadios, en los cuales se fue modificando su concepto hasta el punto de llegar a entender esta figura tal y como la conocemos actualmente:

### **1.1. PRIMER ESTADIO – LA DISTRIBUCIÓN**

Este primer estadio se dio, como resulta lógico, con la creación de la figura de la franquicia, que se originó, a finales del siglo XIX en Estados Unidos como respuesta a la ley *antitrust* de este país<sup>4</sup>, la cual prohibía a los fabricantes de vehículos la venta directa de sus productos a los consumidores finales, motivo por el cual, la General Motors, dio inicio a la celebración de contratos con empresarios independientes, a los cuales les otorgaba autorización para la distribución.

Esta figura fue asimismo asumida por sectores diferentes al automotriz, tales como el de hidrocarburos – para la distribución de gasolina – el farmacéutico y el de bebidas refrescantes<sup>5</sup>.

En este primer estadio, el contrato se celebraba entre un fabricante o productor y un distribuidor, este último, en virtud del acuerdo quedaba autorizado para poner en venta los productos de aquel, y como contraprestación adquiría obligaciones relativas, particularmente al producto, en cuanto a su presentación, a las técnicas de comercialización y al uso de los signos distintivos del fabricante para el mercadeo de los productos obrando siempre a nombre propio y por su propia cuenta y riesgo.

---

<sup>4</sup> RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*. Pamplona: Editorial Aranzadi. 2000. Pág. 23

<sup>5</sup> Coca – Cola, en 1899 empezó a otorgar franquicias para el embotellamiento de su producto. MARZORATI, Op. Cit. Pág. 188

Bajo este concepto, se presentaban ventajas tanto para el productor como para el distribuidor: para el primero en cuanto a que, al imponer al distribuidor dichas obligaciones, lograba la venta de sus productos en un campo territorial más amplio, controlando que su distribución se realizara de forma casi idéntica a la utilizada por él originalmente, además del hecho de que la inversión que debía hacer era prácticamente inexistente. Para el segundo por su parte, al poder utilizar los signos distintivos del productor, se hacía beneficiario del crédito y la popularidad del mismo, logrando, de esa forma, un mejor posicionamiento en el mercado.

De acuerdo a lo anterior, resulta claro cómo, el contrato de franquicia en su primer estadio, guardaba cercana relación con el contrato de concesión europeo.

## **1.2. SEGUNDO ESTADIO – EL ‘MARKETING’**

En el periodo entreguerras y particularmente a partir de la segunda guerra mundial, el contrato de franquicia cobró una elevada importancia, lo que llevó a modificar el contenido del acuerdo, enfatizando en los aspectos relativos al ‘marketing’ del negocio que se pretendía franquiciar, sin eliminar – valga la aclaración – los elementos y obligaciones contenidos en el concepto del primer estadio.

En palabras de Juan Ignacio Ruiz Peris:

“Los planteamientos <<marketing>> de planificación, coordinación y control de todas las actividades empresariales dirigidas al mercado, con el fin de mejorar la satisfacción del cliente – lo que se refleja en un

incremento de las ganancias, de las posibilidades de supervivencia de la empresa en el mercado y de las posibilidades de crecimiento – transformaron el contenido del contrato y su propio significado.”<sup>6</sup>

El introducir en el contrato de franquicia las obligaciones relativas a la utilización del método de marketing del franquiciante, llevo también a la inclusión de cláusulas encaminadas a otorgar al franquiciante un control sobre las actividades del franquiciado, en aras de que el mismo cumpliera correctamente con dichas obligaciones, lo que modificó claramente la antigua concepción centralizada sólo en la comercialización de los bienes del franquiciante.

Es de esta forma cómo nace el nuevo concepto del contrato de franquicia, denominado generalmente ‘franchising of the entire business’ o ‘business formate franchising’, en el cual, como se explicará a lo largo del presente documento, el franquiciante se obliga a comunicar al franquiciado las reglas de funcionamiento de la empresa que se pretende franquiciar, en lo que se refiere a los procesos, a la política comercial, y a la dirección de la empresa, entre otros aspectos, a través del denominado ‘package’ que el franquiciado, por su parte, se obliga a cumplir estrictamente.

Este nuevo concepto, generó dificultades en la medida en que llegó a pensarse que la relación entre franquiciante y franquiciado era de tipo laboral, ello por que la diferencia económica entre uno y otro y las diferentes obligaciones nacidas del contrato, podían dar lugar a ver a la empresa franquiciada como una filial de la franquiciante o a los diferentes franquiciados como un grupo empresarial. En palabras de Ruiz Peris:

---

<sup>6</sup> RUIZ PERIS. Op. Cit. Pág. 24 y 25

“Las diferencias de poder económico entre franquiciador y franquiciado, el carácter de suministrador del producto de aquel, la titularidad de los signos distintivos por parte del franquiciador y los nuevos poderes y obligaciones resultantes del contrato, provocaron un incremento de la integración del franquiciado, que llevó a la doctrina a interrogarse sobre el carácter laboral del contrato, la consideración de la empresa franquiciada como filial o la calificación de grupo de empresas de la red de franquicia.”<sup>7</sup>

Sin embargo, la mencionada dificultad es un tema que ha venido siendo superado, debido al interés de la doctrina sobre esta figura, lo que ha llevado a esclarecer la inexistencia de una relación laboral o subordinada – salvo en lo que se refiere al aspecto técnico de la franquicia, en el que se entiende que si hay subordinación, por la obligación del franquiciado de seguir los métodos del franquiciante – estableciendo como uno de los elementos más importantes del contrato de franquicia, el de la independencia.

Actualmente se presentan diferentes definiciones y conceptos del contrato de franquicia, que serán estudiados en el capítulo concerniente al concepto y naturaleza jurídica del contrato, en el cual se buscará dar claridad acerca de las implicaciones de esta figura contractual.

---

<sup>7</sup> *Ibid.*, pág. 25

## **2. CONCEPTOS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Tal y como se mencionó en el capítulo anterior, en el presente acápite se expondrán, como primera medida, las diferentes definiciones que actualmente se presentan sobre el contrato objeto de estudio, para posteriormente, entrar a determinar las diferentes posiciones acerca de su naturaleza jurídica, lo que resulta determinante al momento de entender su alcance.

Así, como primera medida debe mencionarse que el de franquicia es un contrato cuyos elementos no han sido definidos en Colombia ni en la mayoría de países en vía de desarrollo, lo que no ocurre en países como los Estados Unidos o algunos países Europeos, como Francia, donde la franquicia es un contrato muy usado por grandes y pequeñas empresas para ampliar su mercado, esto ha llevado a generar interés respecto de este tema en los actores jurídicos, dando lugar, en consecuencia, a la creación de parámetros y normas uniformes sobre esta figura, claro está, sin que al respecto se hayan creado leyes en estricto sentido.

La mencionada falta de tipicidad legal de la figura contractual dificulta la restricción de su concepto y la definición de su naturaleza jurídica, sin que los pronunciamientos de la doctrina hayan sido uniformes al respecto. Algunos autores como Guyénot y Luis Enrique Abatti, clasifican este contrato como un contrato de licencia, otros, como Mauricio Jalife Daher, han dicho que se trata de un contrato de concesión o de un contrato de licenciamiento de marcas bajo unas pautas especiales dadas en el mismo contrato.

Las siguientes son algunas de las definiciones que se le han dado a este contrato y que han sido adoptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.<sup>8</sup>

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

Así las cosas, el franquiciador le ofrece al franquiciado la posibilidad de usar su marca, su nombre, sus colores, su sistema de publicidad y su conocimiento plenamente probado para obtener éxito en el desarrollo de negocio."<sup>9</sup>

Por otra parte, Osvaldo Marzorati se ha aproximado al contrato desde otra perspectiva, equiparándolo más a la figura de la distribución sin asimilarlo por completo a ella:

"La franquicia comercial es aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado "franquiciante", ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producto para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al

---

<sup>8</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto número 02085094 del 29 de octubre de 2002.

<sup>9</sup> TORRENTE BAYONA Cesar, GALINDO VANEGAS, Héctor Rubén, ALTURO GARCÍA, Sandra. *Las franquicias*. Cámara de Comercio de Bogotá. 1995, Pág. 25.

franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”<sup>10</sup>

De la misma manera la Ley de propiedad industrial en México en su artículo 142 dice que “Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una Marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione Asistencia Técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la Marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue”<sup>11</sup>

Podemos ver como cada definición resalta elementos que para cada autor son determinantes al momento de establecer la naturaleza jurídica de este contrato, siendo diferentes en cada una de ellas. Los elementos distintivos de este tipo contractual han variado indefinidamente y se le han dado diferentes alcances. Todo ello nos permite hacer un recuento de cómo se ha tratado de encajar la franquicia dentro de categorías contractuales típicas por incluir algunos de sus elementos.

## **2.1. DIFERENTES POSICIONES**

Dada la falta de consenso doctrinal para definir su naturaleza jurídica, podemos clasificar las diferentes posiciones de la doctrina desde dos perspectivas, una económica y una jurídica:

---

<sup>10</sup> MARZORATI, Osvaldo. *Franchising*, ASTREA. Buenos Aires. 2001. Pág 5.

<sup>11</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos mercantiles*, Tomo II, Biblioteca Jurídica Dike. Bogotá. 1992. Pág. 286

### 2.1.1. La franquicia desde una perspectiva económica

El contrato de franquicia ha sido visto como un mecanismo que permite ampliar los objetivos comerciales y de distribución de los empresarios sin violar normas de libre competencia, de ahí que algunos autores se refieran al mismo como un contrato mediante el cual “una compañía matriz le confiere a una pequeña compañía el derecho a realizar negocios en condiciones específicas”.

“La franquicia se ha visto como una asociación empresarial que tiene por objeto, ya sea la producción o la comercialización de productos o servicios sin violar las reglas de la competencia, o bien la penetración de determinados mercados minimizando los riesgos que implicarían el establecimiento de una empresa en otras regiones o países. De acuerdo con esto, la definición de franquicia se centra principalmente en el concepto de colaboración empresarial: “una colaboración conjunta entre empresas legales, mediante la cual (el franquiciante) provee a otro (el franquiciado) tanto de una propiedad intangible como de asistencia técnica durante un determinado periodo para que comercialice productos, servicios y/o tecnología”<sup>12</sup>

En el mismo sentido, el Código Deontológico Europeo de Franquicia se aproxima a este contrato atendiendo a su relevancia en el sistema económico, definiéndolo como “(...) un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente independientes, el franquiciador y sus

---

<sup>12</sup>ANZOLA GIL, Marcela, *El contrato de franquicia*, Bogotá, Legis pág. 500

franquiciados, en la cual el franquiciador otorga a sus franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del franquiciador”

Así, la franquicia ha venido adquiriendo una mayor relevancia en el entorno económico, permitiéndole a los empresarios ampliar el ámbito de comercialización de sus productos y servicios, minimizando el riesgo al cual se ven expuestos y permitiéndoles llegar a lugares a los que no habrían podido llegar valiéndose de sus propios medios. En este sentido es posible decir que se trata de un contrato de colaboración empresarial, dado que los intereses de las partes que suscriben el contrato no se contraponen unos a otros sino que por el contrario, con el desarrollo del mismo se obtiene un interés que les resulta común.

### **2.1.2. La franquicia desde una perspectiva jurídica**

En este aspecto las definiciones dadas se han enfocado más en los derechos que surgen del vínculo contractual que en la importancia del contrato en el desarrollo económico. Desde este punto de vista la doctrina ha incluido este contrato dentro de las siguientes categorías contractuales:

#### **2.1.2.1. Como contrato de concesión**

Los contratos de concesión son aquellos en los cuales una de las partes distribuye sus productos a través de un distribuidor denominado concesionario quien pone a disposición del concedente su empresa de

distribución para vender sus productos dentro de un territorio determinado y por un cierto límite de tiempo.

“El contrato de concesión no es una compraventa sujeta a ciertas modalidades; tampoco es, estrictamente, una locación de servicios, ni un contrato de suministro, ni uno estimatorio. Constituye más bien, una técnica de concentración de empresas distribuidoras de los productos del concedente, que forman una red de comercialización sujeta a la organización, la coordinación y el control impuestos por el concedente. Todo lo cual crea obligaciones no solo entre cada concesionario con el concedente, sino también entre los diversos concesionarios.”<sup>13</sup>

Uno de los elementos principales de este contrato es la vigilancia que el productor o concedente ejerce sobre el distribuidor o concesionario, y la exclusividad que el contrato confiere dentro del territorio pactado. Para autores como Luis Enrique Abbati, el contrato de franquicia tiene la misma naturaleza jurídica de los contratos de concesión diferenciándose sólo en algunos aspectos.

“Dentro de la doctrina francesa, Guyénot (4), sostiene que la franquicia es una variante del contrato de concesión comercial, teniendo ambos la misma naturaleza jurídica, denominando a la concesión propiamente dicha como «franquicia a la europea» y a la franquicia propiamente dicha, como «franquicia a la americana». Describe al contrato de franquicia en general como un modo de cooperación interempresaria equivalente a una

---

<sup>13</sup> FARINA, Juan Manuel. *Contratos Comerciales modernos, Modalidades de contratación empresarial*. Editorial Astrea, Buenos Aires. 1999. Pág 551.

concesión de licencia de marca de productos o de servicios con el agregado de los métodos y medios de venta, que incluyen estudios de mercado, publicidad, capacitación del personal del franquiciado, asistencia contable y administrativa, e incluso la financiación de las inversiones necesarias para desarrollar el negocio. La diferencia entre la «franquicia a la americana» o franquicia propiamente dicha y la «franquicia a la europea» o concesión, está dada en que en la primera el franquiciado o franquiciatario, está obligado a pagar un derecho de ingreso al sistema y además de un canon generalmente mensual, un «royalty» sobre las ventas.»<sup>14</sup>

Esta definición nos muestra como a la concesión y a la franquicia les son comunes elementos como la cooperación, la independencia jurídica y la supervisión que el dueño de la marca puede ejercer sobre la actividad del distribuidor.

Por otra parte, encontramos algunos elementos del contrato de franquicia que no están en el contrato de concesión, entre estos elementos está el traspaso de métodos de producción o *know how* que el franquiciante debe dar al franquiciado y que como se verá más adelante, puede referirse al proceso productivo o a los métodos para la comercialización de los productos; y la obligación por parte del franquiciado de hacer uso de la marca y signos distintivos del franquiciante, elemento que puede faltar en la concesión, permitiéndole al concesionario usar sus propias marcas y emblemas, cosa que no puede ocurrir en el contrato de franquicia. Otros

---

<sup>14</sup> ABATTI Luis Enrique, ROCCA Ival, *La franquicia comercial*  
[http://www.garciaalonso.com.ar/de\\_interes/recursos/Franquicia%20comercial.htm](http://www.garciaalonso.com.ar/de_interes/recursos/Franquicia%20comercial.htm)

autores como Marzorati consideran que la franquicia no es otra cosa que un tipo de contrato de concesión cuyo alcance no se refiere exclusivamente a la distribución de productos, sino que se refiere la concesión en el uso de una marca, siendo este último el objeto principal del contrato.

“La doctrina francesa sostiene que la franquicia, es en esencia un tipo dentro de los contratos de concesión. (...) en definitiva, la concesión del uso de una marca y el pago de prestaciones periódicas diferencian totalmente la concesión de la franquicia; en ésta, son ingredientes esenciales, mientras que no existen en la concesión. Tampoco se concede en esta última un método de comercialización sino que solo se fijan pautas. Las notas distintivas mencionadas son claras (...)”<sup>15</sup>

Así, la línea entre el contrato de concesión y el contrato de franquicia está dada por el papel que el uso de la marca desempeña en el contrato: en la concesión son elementos accidentales, mientras que en el caso de la franquicia son elementos esenciales, lo que significa que si estos elementos no se presentan, no nos encontraremos frente a un contrato de franquicia, sino frente a otro tipo de contrato.

Otros aspectos que permiten concluir que la franquicia no es un tipo de concesión, se observan en el alcance de las obligaciones que surgen en uno y otro contrato. En la franquicia, el franquiciado determina métodos de producción que deben ser seguidos de forma estricta por el franquiciante, este aspecto tiene especial relevancia considerando que el franquiciante

---

<sup>15</sup> MARZORATI. *Franchising*. Op. cit, Pág. 30.

debe asegurarse de que la producción cumple con sus estándares de calidad; lo mismo ocurre con los métodos de comercialización que debe seguir el franquiciado en la medida en que debe garantizarle al franquiciante que su entrada al sistema de comercialización no va a poner en riesgo el posicionamiento de la marca en el mercado.

En el caso de la concesión, el control que el concedente tiene sobre el concesionario es menor, permitiéndole sólo determinar pautas o lineamientos que nunca podrán ser tan estrictos como en el caso de la franquicia. Dicho en palabras de Farina: “Las prestaciones de los contratantes – observa Guyénot – recuerdan las del concesionario y la de los concedentes, pero en el contrato de *franchising* el franquiciante no cede solamente el uso de su marca al *franchisee*. Se compromete, además, a suministrarle los medios para comercializar los productos o los servicios convenidos.”<sup>16</sup>

#### **2.1.2.2. Como contrato de suministro**

El suministro es un contrato mediante el cual una parte denominada suministrante asume frente a otra denominada suministrado la obligación de “cumplir prestaciones periódicas y continuadas durante un término y por un precio determinado.”<sup>17</sup> En estos términos la obligación del suministrante se reduce a cumplir con una prestación periódica de *dar*, consistente en vender al suministrado una cierta cantidad de productos, mientras que la del suministrado se reduce al pago del precio.

---

<sup>16</sup> MARZORATI. Franchising. Op cit. Pág. 554.

<sup>17</sup> FARINA. Op cit., Pág.30.

Aunque en el contrato de franquicia, indiscutiblemente, surgen prestaciones periódicas entre las partes, aquellas tienen una naturaleza diferente a las del contrato de suministro. Estas obligaciones no se limitan al suministro de productos, se refieren más específicamente a algo que podría ser denominado un arrendamiento de marca y de métodos, donde una parte le transmite a otra el permiso de uso de su marca y enseña comercial, además de transmitirle el conocimiento no sólo para la distribución, sino también para la producción del bien o para la prestación del servicio, es decir, comprende obligaciones de *dar*, y obligaciones de *hacer*.

Aun así, es posible que en la franquicia se permita sólo el uso de la marca (que es una obligación de hacer) y que la parte franquiciante suministre al franquiciado los productos que se esperan sean entregados al consumidor final (que es una obligación de dar), en este sentido cabe resaltar otra de las diferencias existentes entre estos dos tipos de contratos ya que si bien, la parte franquiciante “suministra” determinados productos, en el suministro este hecho no le permite a la parte suministrante ejercer ningún tipo de supervisión sobre la actividad del suministrado, lo que si resulta fundamental en el contrato de franquicia.

Igualmente, en el contrato de suministro la obligación de pagar por los productos que recae sobre el suministrado no está sujeta a ninguna condición de venta o distribución posterior, mientras que esta obligación si se presenta en la franquicia

“(…) el contrato de franquicia no es un convenio de suministro, sino que abarca una serie de elementos adicionales que lo distinguen claramente. La marca, el método franquiciado, en interés continuo de ambas partes en el producto final son elementos totalmente ajenos al convenio de suministro; este convenio puede integrar el contrato de franquicia, pero no es un elemento esencial.”<sup>18</sup>

Esto quiere decir que en la franquicia, el franquiciante puede obligarse de dos formas: puede por un parte “suministrarle” al franquiciante los productos para su venta posterior, o puede transferirle al franquiciante sus conocimientos para que éste produzca por su propia cuenta.

Respecto a las obligaciones que surgen de uno y otro contrato debe resaltarse también que en el contrato de suministro, la obligación del suministrado se extingue con la cancelación del canon o cuota mensual pactada, mientras que en el contrato de franquicia la obligación del franquiciado no es sólo de *dar*, es decir no se agota con el pago de un canon mensual ya que la parte franquiciada espera que ese pago se realice con la ganancia que el franquiciado obtiene por la comercialización de los productos objeto del contrato. Esto significa que la obligación de vender los productos al público en general puede predicarse del contrato de franquicia y no del contrato de suministro donde la parte suministrante puede o no tener interés en el destino final de los productos que vende a la parte suministrada.

---

<sup>18</sup> MARZORATI. Franchising. Op cit.. Pág. 27

“En el contrato de suministro (...), el productor se convierte en principal obligado, pues asume el compromiso de aprovisionar en la medida en que la otra parte lo necesite; esto quiere decir que, en el contrato de suministro, el principal obligado es el suministrante, y no el suministrado”<sup>19</sup>

Así, es posible que el suministro se incluya en el contrato de franquicia, o dicho de otra forma, es posible que el contrato de franquicia incluya la obligación del franquiciante de suministrar, pero no es posible afirmar que la existencia sola de esta obligación signifique que en todo caso nos encontramos frente a un contrato de suministro, ya que en la franquicia encontramos elementos y obligaciones que escapan a dicho contrato.

Decir que la franquicia es un tipo de contrato de suministro resulta incorrecto considerando que esto significaría reducir la franquicia a los casos en los cuales existe obligación de suministrar por parte del franquiciante. Estaríamos entonces eliminando la posibilidad de que, en el marco de una franquicia, al franquiciante se le transfieran los conocimientos necesarios para desarrollar el proceso productivo.

### **2.1.2.3. Como contrato de distribución**

El contrato de distribución es en algunos países un contrato atípico, y más que un contrato ha sido entendido como un genero de contratos ya que se trata de un método que comprende diversas maneras de establecer

---

<sup>19</sup> FARINA. Op cit. Pág. 553

canales de comercialización, por esto ha sido difícil concluir incluso si es posible hablar del contrato de distribución en un sentido estricto, o si se trata de un mecanismo comercial dentro del cual están incluidos los contratos de concesión, agencia mercantil y franquicia entre otros.

Podemos de todas formas aproximarnos al contrato de distribución como un contrato en virtud del cual una parte se obliga a entregar a otra un cierto número de mercancías para que posteriormente esta última las comercialice y le pague al primero un canon determinado.

El contrato de distribución tiene un mayor alcance que el contrato de suministro ya que, además de la entrega de las mercancías, quien las recibe se obliga a su venta posterior, obligación que como se dijo en líneas anteriores, no es parte del contrato de suministro y que sí se encuentra en el contrato de franquicia siendo éste uno de los elementos comunes entre la franquicia y la distribución.

“Existe cierta doctrina que ha buscado similitudes entre el contrato de distribución y el de franquicia. Sin embargo esto no es así, ya que si tomamos la definición que nos da Farina, distribución en sentido genérico, serían las diversas maneras de establecer canales de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia, y en el sentido estricto, sería el medio que utiliza el productor para colocar su mercadería en el mercado; con lo cual quedan evidenciadas a simple vista las diferencias que lo separan del «franchising», ya que en el primero, el distribuidor vende en el mercado los productos fabricados por el productor, y en la franquicia, el

franquiciado, en general fabrica el producto bajo la licencia del franquiciador, según el «know-how» que éste le transmite juntamente con su asistencia técnica permanente.”<sup>20</sup>

Los contratos de distribución se caracterizan por ser contratos consensuales, bilaterales, onerosos conmutativos, de tracto sucesivo, y por ser contratos de colaboración empresarial, características que bien pueden predicarse de la franquicia, pero encontramos una diferencia fundamental entre uno y otro contrato: en el contrato de franquicia es obligación del franquiciante permitir al franquiciado el uso de su nombre o marca siguiendo las pautas e instrucciones que le son dadas, cosa que puede no presentarse en la distribución donde el productor sólo le transfiere al distribuidor ciertos productos o servicios para que éste los de a un consumidor final sin que al distribuidor le sea dada otra calidad.

Por otra parte, en el contrato de franquicia es posible que el franquiciante además de distribuir, tenga la calidad de productor, elemento que no se presenta en el contrato de distribución.

“(…) En la distribución se vuelcan al mercado los productos fabricados por el productor, y no se interviene en el proceso de fabricación. En cambio, el franquiciado, por lo común, fabrica el producto que vende y adquiere el *know how*, que le transmite el franquiciante a dicho fin. (...), además, antes de la habilitación del establecimiento del franquiciado, el franquiciador aportará la asistencia necesaria, -ya sea general o específica-, los conocimientos y la experiencia, lo cual se concreta,

---

<sup>20</sup> FARINA. Op cit., Pág.386

generalmente mediante la entrega de manuales operativos o de funcionamiento.”<sup>21</sup>

#### **2.1.2.4. Como contrato de licencia**

Los contratos de licencia pueden ser de diferentes tipos, es posible que se trate de una licencia de marca, de explotación, de know how entre otras opciones, siendo claro, para doctrinantes como Arrubla<sup>22</sup>, que en todos los casos se trata de un contrato de transferencia de propiedad inmaterial. Se diferencian de otro tipo de contratos en que estos implican la transferencia de conocimientos técnicos patentados, esta transferencia de conocimientos es uno de los elementos del contrato de franquicia, pero no se constituye como su único objetivo ya que como bien se desprende de las diferentes definiciones, implica también el uso, por parte del franquiciado de la marca del franquiciante, beneficiándose así no solo de sus conocimientos técnicos sino además de su buen nombre y posicionamiento en el mercado.

El tratadista Mauricio Jalife Daher, ha dicho al respecto que la franquicia es una “licencia de uso de marca concedida por el titular de la misma, a favor de otra persona interesada en adquirir la autorización para uso y explotación, siguiendo las normas básicas que el titular ha establecido

---

<sup>21</sup>DE LA FUENTE Y DE LA CONCHA, Alberto. *Análisis y propuesta de regulación del contrato de franquicia en la legislación mexicana*. Tesis profesional. Puebla. Universidad de la Américas Puebla. 2003 Pág. 14. Tomado de [http://cataria.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/ledi/d\\_l\\_a/capitulo2.pdf](http://cataria.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/d_l_a/capitulo2.pdf)

<sup>22</sup> ARRUBLA, Op. Cit. Pág. 371

previamente para tal efecto y una vez que ha sido informado por el titular sobre el estado económico que guarda su empresa”<sup>23</sup>

Por su parte el contrato de licencia de marca ha sido definido como el “convenio por virtud del cual una persona natural o jurídica, llamada licenciante, se obliga para con otra, llamada licenciatario, a cederle o concederle el uso reteniendo la propiedad a cambio del pago de una remuneración (regalía) por parte de este último”<sup>24</sup>

La Superintendencia de Industria y Comercio, ha dicho que la diferencia entre la licencia de marca y la franquicia es que esta última comprende dos elementos, una licencia de propiedad industrial, y una licencia de métodos, o medios de producción y/o venta<sup>25</sup>.

El objeto así definido resulta de mayor amplitud en los contratos de franquicia, razón por la cual no resulta acertado clasificarlo como un contrato de licencia. El activo que se transfiere de una parte a otra, en el caso de la licencia, es mucho más limitado de lo que es en el caso de las franquicias, donde las obligaciones mutuas tienen un alcance y un fin diferente. “(...) Si bien, tanto en los contratos de licencia como en los de franquicia se devengan unas prestaciones económicas en forma normalmente de cánones o *royalties* a favor del licenciante y franquiciador respectivamente, las mismas obedecen a razones distintas. En la licencia

---

<sup>23</sup> JALIFE DAHER, Mauricio. *Comentarios a la Ley de Propiedad Industrial*. Editorial Porrúa México..2007 Pág. 100.

<sup>24</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 02007889 del 2 de abril de 2002

<sup>25</sup> *Ibid.*

es la mera contraprestación del derecho de explotación concedido. En la franquicia, a esta razón se le añade la de poder pertenecer a la red del franquiciador, por lo que al pago de cánones periódicos y proporcionales en función de la actividad del franquiciador se suele añadir un pago fijo, al inicio del contrato, como derecho de entrada.”<sup>26</sup>

## 2.2. NUESTRA POSICIÓN

Atendiendo a todo lo anterior, consideramos que resulta acertada la conclusión del Doctor Arrubla, quien al referirse a este contrato ha dicho que “implica una colaboración entre las partes que se traduce en la obligación de una parte de entregar a la otra el uso de las marcas y el conocimiento tecnológico para que esta fabrique y comercialice un determinado producto. **Se trata de un convenio atípico**, que implica algo de licencia de marca, de transferencia de tecnología, de suministro, etc., pero que por su especial función económica merece el tratamiento de negocio atípico.”<sup>27</sup> (negrilla fuera de texto)

Así podemos concluir que se trata de un contrato que cuenta con las siguientes características:

- **Se trata de un contrato atípico.** Debe tenerse en cuenta que aunque muchos autores entre ellos Martorelli se refieren indistintamente a este contrato como un contrato atípico o innominado, a nuestro entender se trata de un contrato atípico, y no de un contrato innominado. Es un contrato nominado ya que,

---

<sup>26</sup> GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de Colaboración en el comercio internacional*. Bosh, casa editorial S.A . Barcelona. 1998. Pág. 239.

<sup>27</sup> ARRUBLA Op cit, pág. 408

como bien se desprende del término, el mismo ha sido nombrado por la ley, ejemplo de ello son la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones y la ley de propiedad industrial de México. Ahora, que un contrato haya sido bautizado, o que sea nombrado por algunas leyes dispersas no significa que sea típico, ya que la tipicidad debe ser entendida como la definición que la ley hace de los elementos, tanto esenciales como naturales de un contrato, que permiten diferenciarlo de otras figuras contractuales.

- **Se trata indiscutiblemente de un contrato de colaboración**, considerando que los intereses de las partes no se contraponen y por el contrario apuntan a un objetivo común.
- **Es un contrato complejo**, “al abarcar prestaciones de muy diversa índole, lo que hace que confluyan en el mismo aspectos de la compraventa mercantil, del contrato de distribución, y de los contratos de transferencia de tecnología, pese a las notorias diferencias con cada uno de ellos”<sup>28</sup>

Tratar de encuadrar este contrato dentro de alguna de las categorías mencionadas anteriormente es insuficiente, no puede desconocerse que se trata de un mecanismo jurídico que le permite a las partes contratantes dar un mayor alcance a los derechos y obligaciones que surgen de cualquiera de los contratos descritos en líneas anteriores. Esto no significa que la franquicia no pueda asimilarse a todos, o a unos de ellos en algunos de sus aspectos, de hecho sería mucho más acertado concluir que se nutre de los elementos de varios contratos, siéndole incluso aplicables algunas de las normas por las que estos se rigen.

---

<sup>28</sup> GUARDIOLA. Op cit. Pág. 240

Otra definición que resulta acorde a estas conclusiones es la que trata a la franquicia como un “(...) sistema de colaboración o asociación entre dos partes jurídicamente independientes, vinculadas entre sí a través de un contrato –*contrato de asociación o colaboración empresarial*- mediante el cual una de las partes, la empresa franquiciante, cede, a cambio de cierta remuneración económica, el derecho a utilizar, bajo su dirección y asesoría, su marca comercial y su *know-how* empresarial por un tiempo limitado y en un territorio determinado.”<sup>29</sup>

Así, este es un contrato sometido a la libertad contractual, en el que es menester de las partes definir las obligaciones y el alcance de las mismas al momento de celebrar el contrato, estas convenciones pueden significar que el convenio incluya elementos de alguna figura contractual típica, o que por el contrario, no le resulten aplicables analógicamente las normas que podrían dar solución a controversias originadas en alguno de los contratos anteriormente mencionados.

### **2.3. LEY MODELO DE UNIDROIT**

El Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado *Unidroit* ha realizado diferentes esfuerzos por lograr facilitar el comercio internacional a través de la expedición de leyes modelos y de guías que sirvan como instrumentos a los países para dictar sus propias legislaciones dentro de un marco de unificación y de colaboración internacional. Este esfuerzo se hace aún más importante en el caso de los contratos que son atípicos en la gran mayoría de países como ocurre con la franquicia.

---

<sup>29</sup> ANZOLA Op cit, pág. 504.

En el año 2002 esta institución expidió la Ley Modelo sobre la divulgación de información en materia de franquicia y en el año 2005 la Guía para los acuerdos de Franquicia principal internacional.

En el artículo 2. La Ley Modelo define la franquicia:

“significa los derechos concedidos por una persona (el franquiciador) autorizando y exigiendo a otra (el franquiciado), a cambio de contraprestaciones financieras directas o indirectas, para dedicarse en su propio nombre y cuenta al negocio de venta de bienes o prestación de servicios, de acuerdo con un sistema indicado por el franquiciador que comprende su *know-how* y asistencia, prescribe en modo sustancial la forma en la cual el negocio franquiciado debe ser explotado, incluye un control operacional significativo y continuo por parte del franquiciador, y está sustancialmente asociado a una marca de producto o servicio, nombre comercial o logotipo indicado por el franquiciador. Ello incluye:

- a. Los derechos concedidos por un franquiciador a un sub-franquiciador en el marco de un contrato de franquicia principal:
- b. Los derechos concedidos por un sub-franquiciador a un sub-franquiciado en el marco de un contrato de sub-franquicia;
- c. Los derechos concedidos por un franquiciador a otra persona en el marco de un contrato de desarrollo.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> “la definición de franquicia y la descripción de sus elementos esenciales tienen por objeto precisar que la franquicia, tal como se contempla por la Ley Modelo, es la que se conoce como franquicia de formato comercial, y no la franquicia industrial definida como la relativa a la fabricación de productos y consistente en la concesión de licencias de fabricación en virtud de patentes y/o de unos *know how* combinados con licencias de marca, ni la franquicia de distribución definida como la relativa a la venta de productos, ni a la franquicia de servicios, definida como la relativa a la prestación de servicios”.

UNIDROIT. Ley modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma, 2007pág. 30.

Define así esta ley algunos de los elementos esenciales del contrato de franquicia que lo diferencian de otros que resultan similares, y en el mismo sentido, la guía para contratos de franquicia principal de esta misma institución dice que para que el de franquicia pueda ser considerado como tal, debe incluir “derechos de propiedad intelectual protegidos por la ley (por ejemplo marcas, nombres comerciales o, menos frecuentemente patentes), *Know How*, formación y asistencia continuada por parte del franquiciador, derechos de control del franquiciador frente al franquiciado y obligaciones del franquiciado de seguir las instrucciones del franquiciador y de cumplir con las condiciones financieras del contrato (...)”

Estos instrumentos pueden ser aplicados tanto en las franquicias nacionales como internacionales, “(...) y a diferentes tipos de contratos de franquicia, tales como los de unidad tradicionales, los de franquicia principal y los de desarrollo”<sup>31</sup>

Aunque estos esfuerzos han sido considerados como avances importantes, las leyes modelos y las guías son instrumentos internacionales de *soft law* y en esa medida, su cumplimiento no es obligatorio para los Estados, por lo que las obligaciones en ellas contenidas no pueden ser consideradas como tales a no ser que las partes les den ese alcance. En este mismo sentido, es posible considerar que “(...) esta legislación es superflua en los países en que se requiere buena fe de ambos contratantes en la celebración del contrato, dado que la inexistencia de ella es causal de anulación o de rescisión del convenio. No se advierte la necesidad de exigir una

---

<sup>31</sup> MARZORATI. Franchising. Op cit. Pág. 187.

información tan detallada para la celebración de este contrato, pues bastan los principios generales de nuestra legislación civil. (...) Distinto es en los Estados Unidos de América donde la buena fe no es un requisito para la celebración del contrato y solo se exige buena fe en el cumplimiento.”<sup>32</sup>

Por otra parte, esta ley modelo se limitó a regular los aspectos relacionados con la información que el franquiciante está obligado a entregarle al franquiciado con el fin de garantizar el equilibrio contractual., “(...) requiere a los franquiciantes que suministren a los posibles franquiciados la información que ellos necesitan para evaluar la franquicia que se les ofrece.”<sup>33</sup>

La decisión de regular aspectos referidos específicamente a la obligación de información que el franquiciante debe ofrecer al franquiciado se debe a que, en la mayoría de los casos, el contrato de franquicia es un contrato de adhesión, donde el franquiciante está en capacidad de determinar las condiciones del contrato.

---

<sup>32</sup> MARZORATI. Franchising. Op cit. Pág. 193.

<sup>33</sup> MARZORATI. Franchising. Op cit. 187.

### 3. CARACTERÍSTICAS

Sobre este punto, resulta importante resaltar que, si bien es cierto que en Colombia no existe una definición legal del contrato de franquicia y en consecuencia no es posible la atribución de sus características por la mencionada vía, esto no obsta para que, de acuerdo a las definiciones presentadas en el capítulo precedente y a la aplicación de la figura en estudio por parte de quienes en ella intervienen, puedan identificarse las siguientes:

#### 3.1. ONEROSIDAD

El Artículo 1497 del Código Civil establece que *“El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”*

De la definición dada por el Código, resulta clara la naturaleza de oneroso del contrato de franquicia debido a que en éste, tanto franquiciante como franquiciado buscan la obtención de una utilidad o provecho económico, y en la misma medida cada uno de ellos se encuentra en la obligación de emprender las actividades propias necesarias para reportar beneficio a su contraparte contractual.

Así las cosas, el franquiciante, de una parte, con la celebración del contrato de franquicia busca un beneficio en el sentido de obtener la remuneración económica proveniente, por un lado, del pago inicial del derecho de entrada al sistema de franquicia, y por el otro, del pago de las regalías que de forma periódica debe

pagar el franquiciado como un porcentaje sobre los ingresos percibidos por concepto del uso de los derechos que confiere el contrato celebrado.

El franquiciado, por su parte reporta su beneficio del hecho de acceder a un negocio que ya ha sido probado y desarrollado por parte del franquiciante y que se encuentra acreditado y posicionado en el mercado, permitiéndole al franquiciado el desarrollo de una empresa bajo el nombre, procedimientos, marcas y licencias que son propiedad del franquiciante, sumándole a esto la asistencia continua que debe recibir por parte del mismo.

En ese sentido lo estableció el tratadista Enrique Guardiola, al analizar la definición del contrato de franquicia dada por el Código Deontológico Europeo de la Franquicia, en los siguientes términos:

“El objetivo principal del contrato de franquicia, según este código Deontológico, es obtener un beneficio mutuo, tanto para la empresa franquiciadora como para las franquiciadas, combinando sus recursos humanos y financieros sin que quede afectada en modo alguno la independencia de cada una de las partes. Implica un pago efectuado bajo cualquier forma por la franquiciada a la franquiciadora en reconocimiento de los servicios prestados por ésta al conceder su nombre, su imagen, su técnica, sistema y procedimientos”<sup>34</sup>

Que el contrato de franquicia sea un contrato de colaboración, significa que existen obligaciones para las dos partes que participan en el contrato, y que el cumplimiento de esas obligaciones deriva en un beneficio mutuo.

---

<sup>34</sup> GUARDIOLA. Op cit.. Pág. 236

Por otra parte, el carácter oneroso del contrato de franquicia cobra importancia en el campo jurídico en lo que se refiere a la responsabilidad contractual derivada del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso o tardío del contrato por una de las partes, ello, porque el deber de diligencia de las mismas varía de acuerdo a los beneficios que cada una obtenga del contrato, tal y como lo establece el Código Civil en su artículo 1604 en el sentido de que *“el deudor no es responsable sino de culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio (...)”*

Recuérdese que en los contratos onerosos, los dos contratantes – franquiciante y franquiciado para el caso que nos ocupa – son deudores y acreedores mutuos, lo cual implica que, tanto uno como otro, obtienen beneficio del contrato celebrado, motivo por el cual, de acuerdo al artículo que se acaba de citar, cada uno de ellos respondería en el ámbito contractual hasta por culpa leve, es decir, por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.<sup>35</sup>

Sin embargo, el tema de la división tripartita de la culpa no ha sido pacífico, empezando desde el concepto de culpa contractual propiamente dicho y llegando a la polemización acerca de la aplicabilidad del artículo 1604 en todas las relaciones contractuales y en las diferentes clases de obligaciones.

---

<sup>35</sup> Artículo 63 del Código Civil

Así las cosas, la problemática acerca de la culpa contractual radica en el sentido que a esta definición debe dársele, pues por una parte, autores tales como Arturo Alessandri Rodríguez aseguran que aquella consiste en “no cumplir una obligación preexistente o en cumplirla mal”<sup>36</sup>, es decir, bajo esta tesis se equipara la culpa con la inejecución de la obligación, lo que equivale a “quitarle todo alcance verdadero a la exigencia de la culpa en tanto que condición distinta”<sup>37</sup> y de aceptarse este criterio, debería tenerse como único fundamento de la responsabilidad contractual, la inejecución de la obligación.

Otros autores<sup>38</sup>, por su parte, aseguran que la culpa debe entenderse como un acto sometido a reproche en el que incurre quien incumple la obligación, así lo establecen Planiol y Ripert quienes a su vez contradicen la teoría de la culpa contractual como inejecución de la obligación en los siguientes términos:

“la confusión ha sido introducida en el examen de esta cuestión por el empleo de una terminología defectuosa. En lugar de entender por culpa, conforme al sentido corriente de la palabra, un acto sujeto a reproche, se ha dicho que el deudor está en culpa por el sólo hecho de no haber ejecutado su obligación. La fórmula ha podido parecer exacta, por que la culpa, que consiste siempre bien en haber cometido un acto prohibido, bien en haber omitido cumplir un acto ordenado, no puede ser definida sino como la inejecución de una obligación. Pero se ha entendido por la inejecución de la obligación el sólo hecho de no haber procurado al acreedor, la satisfacción que él

---

<sup>36</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *Derecho civil, teoría de las obligaciones*. Santiago de Chile: Imprenta El Esfuerzo. 1981. Pág. 8 Citado en TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad Civil*. Tomo I Bogotá: Legis. 2007. Pág. 399.

<sup>37</sup> STARK, Boris. *Droit civil. les obligations*. Tomo II. Paris: Librairies Techniques Litec, 1998. Núm. 2062. Citado en: *Ibid.*, Pág. 401.

<sup>38</sup> Como Marcel Planiol, Georges Ripert, Boris Stark y Christian Larroumet.

esperaba de la ejecución del contrato. Se podría decir entonces del deudor de un cuerpo cierto en cuyas manos la cosa perece, que él no ha ejecutado su obligación de guarda y entrega. Sin embargo, el artículo 1302 dice que el deudor no siempre es responsable en semejante caso. Es necesario entonces entender por culpa un acto sujeto a reproche en el sentido de que el deudor incurre en una censura por un hecho preciso de omisión o de comisión. Y la cuestión consiste en saber si una culpa así entendida, es necesaria para que haya responsabilidad contractual.

La respuesta es que hay casos en que el deudor sólo es responsable si ha cometido una culpa y casos en los que es responsable aunque sea irreprochable<sup>39</sup>

En lo que se refiere a este primer tema – el del sentido de la culpa contractual – resulta lógico asumir la segunda de las tesis planteadas, debido a que, como se mencionó anteriormente, el entender la culpa como la inejecución de la obligación implica finalmente la atribución de responsabilidad contractual de manera objetiva, pues bajo esa hipótesis, al juez, al momento de estudiar el cumplimiento de un contrato, le bastaría con confirmar la inejecución de la obligación, sin adentrarse a determinar las causas que dieron lugar a dicha inejecución.

Ahora bien, en lo que se refiere a la aplicación del artículo 1604 Civil, Javier Tamayo Jaramillo<sup>40</sup> asegura que el mencionado artículo tiene tantas excepciones que se encuentra lejos de ser un principio general y que más bien, debe limitarse su aplicación sólo a ciertas obligaciones principales de algunos contratos y a la pérdida de la cosa que se debe.

---

<sup>39</sup> PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges Citados por: Op. Cit. TAMAYO JARAMILLO. Pág. 400

<sup>40</sup> Ibíd., pág. 473

No obstante lo anterior, a nuestro entender, la aplicación del artículo en comento debe darse, en el caso del contrato de franquicia, no sólo en lo que se refiere a los supuestos expresados por Tamayo, sino en todas las obligaciones en las que las partes tengan que obrar con cuidado y diligencia, cuales son las de medios, es decir, aquellas en las cuales el deudor “solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización él no garantiza”<sup>41</sup>

En el mismo sentido lo establece Aurora Hernando Giménez, en los siguientes términos:

“En las obligaciones de ‘medios’ sin embargo, la culpa adquiere un papel ciertamente relevante, la valoración del comportamiento del deudor siendo determinante para establecer el incumplimiento contractual, puede demostrar también la imputabilidad de sus consecuencias – el supuesto responsabilizador – al incumplidor: si cualquiera de las partes viene obligada a actuar de acuerdo a una diligencia determinada, responde del daño que pueda causar prescindiendo de ella. Esto es, estableciéndose una relación de ‘causalidad’ entre el daño producido y la actuación de incumplimiento por el deudor, se determinará la no exoneración de los perjuicios ocasionados por éste”<sup>42</sup>

En conclusión, se tiene que la calidad de oneroso del contrato de franquicia, implica la aplicación del artículo 1604 del Código Civil en lo que se refiere a la

---

<sup>41</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: temis. 1994. Pág. 27

<sup>42</sup> HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora. *El contrato de franquicia de empresa*. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 2000. Pág. 361

responsabilidad de los contratantes de acuerdo al beneficio que cada uno de ellos percibe del contrato celebrado, con la salvedad, valga la aclaración, de que la norma consagrada en dicho artículo tiene un carácter supletivo, motivo por el cual las partes pueden pactar en contrario.

### **3.2. CONMUTATIVIDAD**

Una vez determinada la naturaleza de oneroso del contrato de franquicia, vale la pena aclarar que la misma admite modalidades, cuales son la conmutatividad y la aleatoriedad, de esta forma, el artículo 1498 del Código Civil establece que *“el contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”*

De la norma anterior resulta claro que el contrato de franquicia ostenta la calidad de conmutativo, en el sentido de que tanto franquiciante como franquiciado, al momento de la celebración del contrato, adquieren unas obligaciones claras y en esa medida, tienen conocimiento acerca de la contraprestación que han de recibir, motivo por el cual no se encuentran ante la contingencia de ganancia o pérdida.

“En el caso del contrato de franchising estamos –a nuestro entender–, ante un contrato conmutativo por cuanto cada sujeto, cada contrayente, al momento de su celebración, puede estimar el sacrificio que debe efectuar cada uno y estima con certeza también que beneficio obtendrá de la contraparte. Cada uno conoce y evalúa en el acto de contratar, las prestaciones, los riesgos que asumen y

qué relación existe entre el sacrificio que deben hacer y las ventajas que obtendrán”<sup>43</sup>

Consecuencia de la calidad de conmutativo del contrato en estudio, es la aplicación de la teoría de la imprevisión, establecida en el artículo 868 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la obligación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”

Esta teoría tiene como objeto principal la búsqueda del restablecimiento del equilibrio en las obligaciones surgidas del contrato para cada una de las partes, cuando como consecuencia de hechos extraordinarios o imprevisibles, se afecten las prestaciones de una de las partes de tal forma que le reporten una excesiva onerosidad que de haberse conocido habría impedido la celebración del contrato o habría implicado su celebración en términos diferentes. Es por ello que el Estatuto Comercial prescribe como solución principal la revisión del contrato y su

---

<sup>43</sup> MASCHERONI LEMES, Jorge Ismael. *Franchising, Contrato atípico, Know how, partenariatado*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1999. Pág. 80

adecuación a las circunstancias actuales, en aras de lograr que el negocio mantenga su curso, y como solución accesoria – en caso de no poder restablecer el equilibrio – la terminación del contrato alterado.

El tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, en laudo del 31 de octubre de 1970, explica esta teoría en los siguientes términos:

“Enunciación del problema de la imprevisión. Con posterioridad a la celebración de un contrato cuya ejecución no sea inmediatamente, la obligación del deudor llega a ser especialmente gravosa por razón de circunstancias o eventos imprevistos e imprevisibles en la época del perfeccionamiento de dicho contrato. En el caso, v. gr. de un arrendamiento al largo plazo, la presencia de una crisis que valore la moneda puede colocar al arrendatario en condiciones ruinosas; igual cosa sucedería en el caso de un comerciante que se hubiera obligado a suministrar determinadas materias primas cuya explotación viene luego a ser fuertemente gravada con impuestos, etc. Situaciones semejantes, que constituyen un desequilibrio verdaderamente injusto en las prestaciones de las partes, “un trastorno en la economía del contrato”, podrán ser razón suficiente para que el juez intervenga y declare su resolución o suspensión o lo modifique, o por el contrario, la ley contractual será absoluta. (No debe perderse de vista que se trata de eventualidades imprevistas e imprevisibles, pues, de lo contrario, la situación es muy distinta, como acontece en aquellas convenciones en que precisamente se

juega la habilidad y talento de los contratantes en relación al futuro, como en los contratos aleatorios”<sup>44</sup>

Finalmente, valga la pena aclarar que la teoría de la imprevisión, aunque presente similitudes con la figura del caso fortuito<sup>45</sup>, no puede equipararse a la misma, ello porque de la ocurrencia de una u otra se derivan consecuencias jurídicas diferentes, así, mientras que en el caso fortuito la ocurrencia del mismo genera imposibilidad en el cumplimiento de una o varias obligaciones, eximiendo de esta forma al deudor de su cumplimiento<sup>46</sup>; en la imprevisión lo que ocurre es que los hechos imprevistos dificultan – pero no impiden – el cumplimiento de la obligación, de tal forma que una vez revisado el contrato, el deudor aún se encuentra en la obligación de dar cumplimiento a la prestación a favor del acreedor.

### **3.3. BILATERALIDAD**

El artículo 1496 del Código Civil establece que *“El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”*

La Corte suprema de Justicia en sentencia del 12 de diciembre del 2006, con ponencia del Magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar dijo que “Las obligaciones, entonces, serían recíprocas cuando se encuentran ligadas entre sí por un vínculo

---

<sup>44</sup> CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso del Departamento de Sucre vs. Compañía Distribuidora de Loterías Ltda. Codilol, en relación con la lotería de sucre. Octubre 31 de 1970.

<sup>45</sup> Ley 95 de 1980. Artículo 1: Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

<sup>46</sup> Código civil artículo 1616 inciso 2: la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios

de interdependencia, mas no de dependencia, vale decir, cuando cada contratante tiene a la vez la calidad de acreedor o deudor. Por lo tanto, como no todos los contratos bilaterales originan obligaciones recíprocas y como no todos los contratos que contienen obligaciones recíprocas son bilaterales, la Corte tiene explicado que *“De la celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes. Cada una de ellas es acreedora y deudora de la otra, aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente”* (sentencia de 2 de noviembre de 1964, CVIII-119).”

Tal y como se evidenció en el primer acápite del presente capítulo, de la celebración del contrato de franquicia se deriva beneficio económico tanto para el franquiciante como para el franquiciado, beneficio que les es dado por la interdependencia de las obligaciones que surgen del contrato, de lo cual se desprende sin dificultad alguna que tanto uno como el otro se encuentra obligado a favor de su contraparte, motivo por el cual el contrato en comento ostenta la naturaleza de bilateral.

“El franchising es un contrato bilateral, donde el franquiciante se obliga a autorizar el uso de su nombre comercial, marca, signos, metodología y técnicas de producción o sistemas de comercialización de bienes o servicios (...)

Por otra parte el franquiciado se obliga a pagar al franquiciante para integrarse a la cadena de distribución, a pagar un porcentaje de su facturación y a actuar de acuerdo a las instrucciones del titular”<sup>47</sup>

De esta característica entonces, se derivan dos consecuencias importantes:

---

<sup>47</sup> MASCHERONI. Op cit., Pág. 77

### 3.3.1. La excepción del contrato no cumplido

Establecida en el artículo 1609 del Código Civil, la excepción del contrato no cumplido consiste, básicamente, en que ninguno de los contratantes se encuentra en mora cuando deja de cumplir lo pactado mientras que el otro no cumpla con su parte o no se allane a hacerlo en el tiempo y la forma debidos. Lo que sucede con esta figura es que, en el caso de que se presente un incumplimiento de las obligaciones por las dos partes, no se puede predicar que una y otra se encuentran en mora, lo que no obsta para que se predique de las dos el incumplimiento, en consecuencia, los efectos que no se aplican son los de la mora, cuales son:

- **La posibilidad de cobrar perjuicios:** Entonces, la parte incumplida no puede demandar a su contraparte en aras de que le sean resarcidos sus perjuicios cuando la misma deja de cumplir con sus obligaciones.
- **Hacer exigible la cláusula penal:** Si no cabe la posibilidad de cobrar perjuicios, tampoco se hace viable que la parte incumplida pretenda cobrar a su contraparte la cláusula penal – como estimación anticipada de perjuicios – cuando ella misma no ha cumplido con las obligaciones que le son propias.
- **Invierte la carga del riesgo sobre cuerpo cierto:** De esta forma lo establece el artículo 1607 del Código Civil en el sentido de que *“el riesgo de cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor, salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla”*

### **3.3.2. La Condición Resolutoria Tácita**

Esta supone que en todo contrato bilateral se encuentra inmersa la condición resolutoria en caso de que uno de los contratantes incumpla con sus obligaciones, caso en el cual la contraparte puede solicitar la resolución o el cumplimiento del contrato, en los dos casos con indemnización de perjuicios.

Sobre las consecuencias anteriores, aplicadas al contrato de franquicia, estableció Mascheroni lo siguiente:

“La clasificación del contrato de franchising como bilateralidad tiene importancia a efectos de considerar todo el régimen jurídico que le es aplicable, especialmente en lo que guarda relación con el incumplimiento y la excepción de contrato no cumplido, es lógico que en el contrato bilateral quien ha cumplido con sus obligaciones requiera el cumplimiento de la contraparte.

Es obvio que quien no puede obtener el cumplimiento del otro contrayente pueda pedir la resolución del acuerdo, y quiera obtener un resarcimiento por daños y perjuicios. Además, si estamos ante obligaciones recíprocas e interdependientes la falta de cumplimiento de uno es motivo suficiente para justificar la negativa o abstención de cumplimiento del otro. E insistimos en que en nuestro caso

es vital una correcta clasificación del negocio por cuanto no está expresamente previsto en nuestra legislación.”<sup>48</sup>

### **3.4. CONSENSUALIDAD**

El artículo 1500 del Código Civil establece que *“El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona con el sólo consentimiento”*

Lo primero que resulta importante resaltar en este punto, es que al encontrarnos frente a un contrato atípico, que en consecuencia no cuenta con condiciones especiales de perfeccionamiento en la ley, debe entenderse que se trata de un contrato consensual. Aunque la doctrina no es uniforme al respecto, ya que algunos autores como Osvaldo Marzorati aseguran que el contrato de franquicia debe constar por escrito, consideramos más acertado decir que se trata de un contrato consensual, ello, tomando como base el postulado de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual los particulares se encuentran en la capacidad de regular sus relaciones privadas con otros particulares. Así lo establece Mascheroni, en los siguientes términos:

“La regla en materia contractual es la consensualidad para su perfeccionamiento, y así es en todos los casos, a menos que la ley establezca la solemnidad; y esta regla es la consecuencia de la libertad contractual, siendo la voluntad de los sujetos soberana

---

<sup>48</sup> Ibíd. Pág. 77

para crear, coordinar intereses diversos y regularlos a través de su reglamentación privada, todo tipo de relaciones jurídicas, es inevitable concluir que la actuación de la autonomía de la voluntad es bastante, y no son necesarias otras exigencias para hacer nacer relaciones jurídicas válidas entre contrayentes.”<sup>49</sup>

Pero, en la misma línea de la autonomía de la voluntad, franquiciante y franquiciado se encuentran en la posibilidad de pactar solemnidades convencionales, que si bien no son exigidas en la ley, pueden eventualmente facilitar la prueba de la existencia del contrato y de las obligaciones que el mismo impone a las partes, particularmente si se tiene en cuenta que al no tratarse de un contrato establecido en nuestra legislación, el juez encargado de dirimir cualquier conflicto que se presente entre los contratantes no podrá suplir los vacíos que los mismos hayan dejado, motivo por el cual creemos que es conveniente que el contrato de franquicia se celebre por escrito, en aras de que exista claridad acerca de cada una de las obligaciones existentes en cabeza de cada una de las partes.

### **3.5. TRACTO SUCESIVO**

Una de las características principales del contrato de franquicia es que su ejecución es permanente, pues el interés, por un lado, del franquiciante, consiste en devengar de forma periódica las regalías que por el uso de la franquicia paga el franquiciado quien a su vez radica su interés en el uso continuado de un negocio acreditado en el mercado.

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, pág. 75

Al respecto asegura el tratadista Marzorati que se trata de un contrato de tracto sucesivo por que “las prestaciones a cargo de ambas partes son de carácter continuado o repetido y deben cumplirse en periodos convenidos, sea el contrato por tiempo determinado o indeterminado”<sup>50</sup> y en el mismo sentido lo establece Mascheroni en los siguientes términos:

“El convenio de franchising como hemos señalado se trata de un típico contrato de colaboración empresarial, un contrato de distribución en sentido amplio. En virtud de esto, el franchising implica establecer una relación duradera en el tiempo. Del mismo modo, el franquiciante propenderá a tener relaciones, al tiempo que duraderas, lo más uniforme posibles, pues deberá estandarizar su relación con todos sus franquiciados por lo que será su relación con éstos. Por ello los autores señalan como característico del franchising, que se trata de un contrato de duración y uniforme, que tiende a agrupar empresas integrándolas al desenvolvimiento de un negocio”<sup>51</sup>

Así las cosas, de la continuidad del contrato de franquicia, se deriva una importante consecuencia, cual es:

### **3.5.1. Efectos de la nulidad y la resolución del contrato**

Debido a la naturaleza de sucesivo del contrato de franquicia, en caso de presentarse una declaratoria de nulidad o de resolución del contrato por vía judicial, mal podría afirmarse que dicha declaratoria surte efectos de forma

---

<sup>50</sup> MARZORATI. Op. Cit Pág. 24.

<sup>51</sup> MASCHERONI. Op. cit, pág. 85.

retroactiva, particularmente cuando ya se ha dado cumplimiento a las obligaciones nacidas del vínculo, motivo por el cual, debe predicarse que los efectos de la resolución del contrato de franquicia surten efectos a futuro, extinguiendo el vínculo contractual a partir del momento de la ejecutoria del fallo que la declare.

### **3.6. MERCANTILIDAD**

De acuerdo al artículo 21 del Código de Comercio se establece que se tienen como mercantiles *“todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”*

En el entender de Juan Ignacio Ruiz Perris “son mercantiles los contratos que ontológicamente presuponen la existencia de una empresa, independientemente de que ambas partes sean empresarios o sólo lo sea una de ellas y que se configuran como eslabón de un tráfico económico profesional”<sup>52</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta viable asegurar la calidad de mercantil del contrato de franquicia, en la medida en que al menos uno de los contratantes debe ser una empresa, a lo cual debe sumársele el hecho que con la celebración de este contrato, las partes buscan el ánimo de lucro, por un lado, y por el otro, en la mayoría de los casos se presenta intermediación y sobre este punto vale citar lo que al respecto afirma Maschorati:

---

<sup>52</sup> RUIZ PERIS, Juan Ignacio. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*. Pamplona: Editorial Aranzadi. 2000. Págs. 105 y 106.

“... si observamos el contrato de franchising desde ese punto de vista, su contenido es coincidente al que venimos de desarrollar; porque se trata de un sistema de distribución, por lo que tiene como objetivo acercar un producto o servicio al consumidor; los contrayentes (franquiciante – franquiciado), asumen los roles de intermediarios en la comercialización de los mismos. Está incluido en el contrato de franchising la idea de cambio, el franquiciante cede el uso de su marca, de su nombre comercial al franquiciado para que identifique su negocio, producto o servicio; le transfiere su know - how, lo entrena y lo supervisa en el desarrollo de su propio emprendimiento, le transfiere toda su experiencia en los aspectos de la comercialización, compras, financiación, contabilidad, stock, marketing, promociones y publicidad, etc.. Y todo ello por que el franquiciado por su parte le facilita la expansión de su propio negocio, con el desarrollo de su red de distribución. Naturalmente en este relacionamiento está implícita la idea y la intención del lucro, por parte de ambos contratantes y contrayentes”<sup>53</sup>

### **3.7. ATÍPICIDAD**

La calidad de atípico del contrato de franquicia ha sido reiterada a la largo del presente documento, estableciendo que ostenta la calidad de tal en la medida en que sus elementos no se encuentran claramente definidos en la ley pero aun así goza de total aplicabilidad en la realidad comercial, bajo el entendido de que las partes gozan de la capacidad de regular sus propias relaciones siempre que con ello no vulneren las normas jurídicas de carácter imperativo. De lo anterior se deriva que los contratos atípicos gozarán de validez cuando, además de cumplir

---

<sup>53</sup>MASCHERONI. Op. Cit. Pág. 74 y 75

los requisitos generales de validez de los contratos, respeten aquellas normas que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes.

En palabras del tratadista Lisandro Peña Nossa:

“En Colombia no existe una tipificación o regulación expresa de contrato de franquicia, pero basados en la Constitución Política de Colombia, que permite la libertad en actividades económicas e iniciativas privadas, siempre y cuando no contraríe normas imperativas de orden público y las buenas costumbres, es posible su celebración”<sup>54</sup>

Ahora bien, en lo que se refiere al marco normativo de este tipo de contratos, particularmente al de franquicia por ser el caso que nos ocupa, debe presentarse en el siguiente orden:

- En primer lugar, deben cumplirse los requisitos generales establecidos tanto para la existencia como para la validez de los contratos, es decir, debe darse observancia a las normas relativas a la capacidad, al consentimiento y a la causa y objeto lícitos.
- Como segunda medida, debe acudirse a las estipulaciones hechas por las partes en el texto del contrato, quienes, como ya se ha mencionado en repetidas ocasiones, se encuentran facultadas por la ley para regular sus propias relaciones.
- En tercer lugar, debe acudirse a la costumbre mercantil, que, como se sabe, consiste en la práctica efectivamente realizada de una conducta comercial

---

<sup>54</sup> PEÑA NOSSA, Lisandro. *De los contratos mercantiles. Negocios del empresario*. Bogotá: Ecoe ediciones. 2003. Pág. 235

determinada dentro de un medio social específico, pues ésta dará las bases necesarias para determinar cómo se desarrollan habitualmente las obligaciones y demás elementos del contrato de franquicia.

Resulta necesario aclarar que para que la costumbre mercantil tenga la misma autoridad que la ley comercial debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Uniformidad: Los hechos deben ser ejecutados de igual manera por el sector económico o grupo que realiza la práctica.
- Reiteración: La práctica debe repetirse por cierto tiempo.
- Obligatoriedad: La costumbre debe considerarse obligatoria por quienes la practican.
- Publicidad: La costumbre debe ser conocida ampliamente por quienes la practican.
- Vigencia: La costumbre debe estarse aplicando en la actualidad.
- Conforme a derecho: En ningún caso debe contrariar a la ley.
- Materia mercantil: Debe referirse a prácticas mercantiles.

Asimismo, la costumbre, para que goce de la mencionada autoridad, debe estar probada, de la siguiente forma:

- **Costumbre local y nacional**: Puede probarse mediante los siguientes procedimientos:
  - Testimonios: Al menos cinco testimonios de comerciantes inscritos en el registro mercantil de las Cámaras de Comercio. Dichos testigos deben dar cuenta razonada de los hechos y requisitos exigidos en el código de Comercio.
  - Decisiones judiciales: Con dos copias auténticas de decisiones judiciales que no tengan más de cinco años de expedidas.

- Certificación de las Cámaras de Comercio: Del lugar donde se presentan los hechos que pretenden ser declarados como costumbre.
- **Costumbre internacional:**
  - Decisiones judiciales: Mediante copia auténtica de la sentencia o laudo en que una autoridad jurisdiccional internacional la haya reconocido, interpretado o aplicado.
  - Certificación: Autenticada de una autoridad internacional idónea, que de fe de la respectiva costumbre.
- En cuarto lugar, en los vacíos dejados por las partes debe acudir a la ley por analogía, recurriendo a las normas que individualmente consideradas logren salvar las lagunas dejadas por los contratantes.
- Finalmente, y suponiendo la falta de todas las anteriores – lo que, en realidad no debe ser de muy seguida ocurrencia – debe el juez del contrato entrar a determinar, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, de la lógica y de la experiencia, las obligaciones que radican en cada una de las partes y las particularidades relativas al contrato, atendiendo siempre las circunstancias del caso y el fin económico perseguido por los contratantes.

Sin embargo, existen diferentes posiciones al respecto, la mayoría de ellas obviando el punto referente a la costumbre mercantil, así por ejemplo, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en laudo del 23 de mayo de 1997, determinó lo siguiente:

“En el derecho privado suelen darse, particularmente en el comercial, acuerdos de voluntades, creadores de obligaciones y correlativos derechos, que no están reglamentados por ley. Son los llamados contratos innominados o atípicos que se rigen, sin contrariar normas

imperativas, por las estipulaciones de las partes, por las reglas generales de los contratos, por las propias del contrato típico más semejante y, en fin, por la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”<sup>55</sup>

No obstante lo anterior, consideramos que la inclusión de la costumbre mercantil dentro del marco normativo del contrato de franquicia resulta indispensable, por cuanto es esa costumbre la que ha sido determinante en lo relativo a los elementos de dicho contrato, en lo que se refiere no sólo a sus características, sino también a las obligaciones que en virtud del mismo surgen para cada una de las partes.

Ejemplo de lo anterior se da en el hecho de que la misma Cámara de Comercio ha certificado las siguientes costumbres mercantiles en materia de franquicia:

**“El know how en los contratos de franquicia.**

En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia, que el franquiciante, para transmitir su know how, suministre al franquiciado entrenamiento inicial y capacitación permanente respecto de los bienes o servicios que constituyen la franquicia.

Fecha de certificación: 07 de diciembre de 2006.

(...)

**La entrega del Manual de Operaciones en los contratos de franquicia.**

En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en el contrato de franquicia, el franquiciante entregue al franquiciado, un manual de operaciones y procedimientos, con la finalidad de que este último pueda realizar exitosamente el negocio contratado.

Fecha de certificación: 07 de diciembre de 2006.

(...)

---

<sup>55</sup> CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso de Preparaciones de Belleza S.A. “Prebel” S.A. vs. L’oreal,. Mayo 23 de 1997. Lo mismo se establece en laudo del 26 de agosto de 1999 dentro del caso de Risaralda Motor S.A. vs. General Motors Colmotores S.A.

**El franquiciante puede ejercer auditoria permanente sobre el negocio franquiciado.**

En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciante realice auditoria permanente sobre el negocio del franquiciado para que éste implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada.

Fecha de certificación: 20 de septiembre de 2007.

(...)

**El deber de confidencialidad en la franquicia.**

En Bogotá D.C., es costumbre mercantil que en los contratos de franquicia, el franquiciado tiene la obligación de confidencialidad sobre el know how transferido.

Fecha de certificación: 20 de septiembre de 2007.”<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Tomado de: <http://camara.ccb.org.co/contenido/contenido.aspx?catID=73&conID=1047&pagID=1391>

## **4. CLASES DE FRANQUICIA**

A pesar de que por su naturaleza atípica resulta difícil determinar los tipos de franquicia que existen, es posible clasificarlos según los derechos de las partes, según el objeto del contrato y según la evolución del concepto.

### **4.1. SEGÚN LOS DERECHOS QUE SE OTORGAN**

#### **4.1.1. Individual**

Esta es la modalidad de franquicia en la que los derechos le son otorgados a una parte franquiciada sin que a ésta le sea posible extenderlos a terceros sub-franquiciados y para la operación de un solo establecimiento. Se trata de una relación directa. Este tipo de franquicia es aquella en la que “el franquiciatario tiene el derecho a abrir y a operar un solo establecimiento, usualmente en una localidad específica en un territorio determinado”<sup>57</sup>.

#### **4.1.2. Múltiple**

En este tipo de franquicia el franquiciado tiene diferentes franquicias con un mismo franquiciante, y puede abrir tantos establecimientos como considere conveniente dentro de un territorio determinado. “El franquiciado tiene más de un establecimiento del mismo franquiciante, y le corresponde un área

---

<sup>57</sup> GARGOLLO Op. cit.. Pág. 386.

determinada donde puede abrir el número de establecimientos que estime convenientes”<sup>58</sup>

#### **4.1.3. Plurifranquicia**

Se presenta cuando un franquiciado tiene diferentes franquicias, de diferentes franquiciantes, pero cuya actividad resulta complementaria y no competitiva, “se trata del caso de franquiciados que asumen la explotación de distintos puntos de venta de distintas cadenas de franquicia.”<sup>59</sup>

#### **4.1.4. Máster**

“Se trata de una relación contractual en la cual el franquiciante celebra un contrato de franquicia con una persona física o jurídica en el extranjero para que esa persona actúe como franquiciado y a su vez, como franquiciante, en representación del primero en el respectivo país”<sup>60</sup>. Este tipo de franquicia es el más usado a nivel internacional, permitiéndole al franquiciante delegar en un franquiciado la expansión de sus negocios en un país determinado, pudiendo éste celebrar a su vez contratos de franquicia con sub-franquiciados.

“En los contratos de franquicia principal el franquiciador otorga a otra persona, el sub-franquiciador, el derecho, que en la mayoría de los casos será exclusivo, a otorgar franquicias a sub-franquiciados dentro de un cierto territorio,

---

<sup>58</sup> ANZOLA Op cit.. Pág. 505.

<sup>59</sup> Ibid. Pág. 505.

<sup>60</sup> Ibid. Pág. 505.

como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia. El sub-franquiciador paga al franquiciador por este derecho una compensación económica. Esta compensación frecuentemente adquiere la forma de cuota inicial, que puede adoptar cualquiera de una variedad de formas diferentes, y/o cuotas periódicas que constituyen un porcentaje de los ingresos que recibe el sub-franquiciador de los establecimientos sub-franquiciados (...)<sup>61</sup>

Podría incluso llegar a decirse que el franquiciado principal tiene una doble calidad, de franquiciado en el contrato de franquicia máster, y de franquiciante, cuando en el marco de la franquicia máster sub-franquicia con terceros dentro del territorio que le ha sido asignado.

“El acuerdo de franquicia principal implica por lo general la existencia de dos contratos: un contrato internacional entre el franquiciador y el sub-franquiciador (el contrato de franquicia principal), y un contrato de franquicia nacional entre el sub-franquiciador y cada uno de los sub-franquiciados (el contrato de sub-franquicia). En la mayoría de los casos no existe relación directa entre el franquiciador y los sub-franquiciados, (...). El sub-franquiciador asume el derecho a licenciar a los sub-franquiciados como el franquiciador en el territorio y asume los deberes de un franquiciador frente a los sub franquiciados.”<sup>62</sup>

Así mismo lo ha considerado la doctrina Argentina:

---

<sup>61</sup> UNDROIT. Instituto Internacional Para la Unificación del Derecho Privado. Guía Para Los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional. Pág. 2.

<sup>62</sup> Ibid. Pág. 3

“Bajo esta modalidad, el franquiciante celebra un contrato de franquicia con una sociedad de otro país, según el cual el sub-franquiciante mismo desarrolla y es titular de franquicias y, además, otorga franquicias a tomadores del mismo país. Lo que el franquiciante concede es un derecho exclusivo a un comerciante para que habilite unidades de franquicia comercial, pero también le otorgue el derecho adicional de subcontratar franquicias comerciales.”<sup>63</sup>

## 4.2. SEGÚN EL OBJETO DE LA FRANQUICIA

### 4.2.1. Industrial

En esta franquicia el objeto fundamental es la transferencia del *Know how*, o el secreto profesional necesario para la producción dentro de los estándares del franquiciante. “Se refiere a las relaciones entre fabricantes y comporta que el franquiciador cede al franquiciado licencia para fabricar un producto basado en una patente de la que es titular el primero, facilitándole, además, el *know-how* para dicha fabricación y la asistencia técnica necesaria, pero con ánimo de distribuir posteriormente el producto fabricado ya que de lo contrario no habría mayor diferencia entre este tipo de franquicia y un contrato de transferencia de tecnología que abarcara la licencia de patente, *know-how* y asistencia técnica”<sup>64</sup>

En desarrollo de esta franquicia el franquiciante se obliga a verificar que el franquiciado implemente sus métodos a lo largo de todo su proceso productivo,

---

<sup>63</sup> MARZORATI Op cit.. Pág. 68.

<sup>64</sup> GUARDIOLA Op cit.. Pág. 239.

esto con el fin de mantener su posicionamiento en el mercado asegurándose de que los productos que se comercializan bajo su enseña comercial cumplen con sus parámetros de calidad.

“Este ha sido definido por la corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea como “un contrato en virtud del cual un franquiciado fabrica él mismo, de acuerdo a las indicaciones del franquiciante productos que vende bajo la marca del franquiciante” (p.ej., fabricación de bebidas gaseosas, fabricación de productos lácteos, etcétera).”<sup>65</sup>

#### **4.2.2. De distribución**

El franquiciante no hace parte del proceso productivo, sino que adquiere productos para su posterior venta al público. “Comporta básicamente la concesión por el franquiciador al franquiciado de una exclusiva de distribución de sus productos, en establecimientos equipados de forma uniforme y homogénea con los del franquiciador, junto con el derecho a usar la marca, denominación y rótulo común, facilitándole, además el know-how y asistencia comercial o técnica para llevar a cabo dicha distribución, debiendo seguir el franquiciado en todo momento las instrucciones del franquiciador en cuanto a la presentación, comercialización y venta de los productos, adaptándose a patrón y estilo de este último y sometiéndose de este modo a sus directrices y controles”.

---

<sup>65</sup> KAHN, Michel. *Franchising y partenariat*. Buenos Aires: Astrea. 1998 Pág. 8.

En este caso, el know how se refiere específicamente a métodos y técnicas de comercialización, siendo el objeto principal del contrato el uso de los signos distintivos del franquiciante y la comercialización de los productos por él suministrados. Así, las obligaciones del franquiciante se asemejan a las de un proveedor mientras que las del franquiciado se refieren a la comercialización de los productos dentro de los estándares del franquiciante.

El franquiciante cumple entonces dos funciones:

“a) La de distribuidor y frecuentemente central de compras o de referenciamiento para sus franquiciados. (p.ej., supermercado en franquicia).

b) La de productor, quien a través de sus franquiciados trata de vender su producción (...)”<sup>66</sup>

Según su ámbito territorial la franquicia de distribución puede ser:

#### **4.2.2.1. Exclusiva**

Se da cuando el franquiciado es el único habilitado por el franquiciante para producir y distribuir, según sea el caso, dentro de un ámbito territorial determinado.

En lo que se refiere a la exclusividad, la Superintendencia de Industria y Comercio ha emitido varios conceptos, debido a que las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia han sido reiterativas al establecer

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*, pág. 8

que los pactos o cláusulas de exclusividad pueden devenir en restrictivas de la competencia; así lo establece particularmente el artículo 19 de la ley 256 de 1996 al considerar como restrictivas las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro, cuando las mismas tengan por objeto o como efecto “restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios”, norma que, de acuerdo al doctrinante Jorge Jaeckel K, debe entenderse extensiva a todos pactos de exclusividad y no limitarse al contrato de suministro<sup>67</sup>.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que siempre que en un contrato se pacte una cláusula de exclusividad se esté incurriendo en una práctica restrictiva de la competencia, es decir, no se trata de una restricción *per se*, sino que resulta necesario analizar en el caso concreto los efectos y consecuencias de dicha cláusula, teniendo siempre en cuenta el mercado relevante, tanto en lo que se refiere al producto, como en el ámbito geográfico.

En palabras de la mencionada entidad:

“Es necesario aclarar que la norma en comento no considera desleales todos los pactos de exclusividad, sino únicamente aquellos que tengan la capacidad de producir “un efecto sustancial en la disminución de la competencia”, es decir, son ilegales aquellos pactos en los que se presente alguna de las siguientes características:

---

<sup>67</sup> JAECKEL K, Jorge. Apuntes sobre competencia desleal. CEDEC II. Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, seminarios 8. Pág. 66. Citado en: Concepto concepto 02018871 del 24 de abril de 2002 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- Que tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado;
- Que tengan por efecto restringir el acceso de los participantes en el mercado;
- Que tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios;
- Que tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios.

De lo anterior se concluye que los pactos de exclusividad que no presenten las características anotadas, son lícitos "y por tanto, el empresario tiene la posibilidad de aprovechar las ventajas que este tipo de pacto ofrece: reducción de costos en las economías de escala, mejora de los canales de distribución y agilidad en las relaciones comerciales."<sup>68</sup>

Así las cosas, se concluye que los pactos o cláusulas de exclusividad, no son un acuerdo restrictivo de la competencia *per se*, pues tal y como se mencionó, para que los mismos sean considerados como tales, debe atenderse a las situaciones del caso concreto, así lo establece la Corte Constitucional en sentencia C – 535 de 1997:

"la norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad *per se* viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros

---

<sup>68</sup> SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 02018871 del 24 de abril de 2002. Al respecto se pueden consultar también los conceptos: 02008933 del 19 de marzo de 2002; 01052233 del 14 de agosto de 2001; 00084733 del 28 de noviembre de 2000 y 96047717 del 27 de noviembre de 1996

factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser reemplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder en el mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante, etc."

De la misma forma, el pacto de exclusividad debe ser temporal, es decir, la exclusividad debe darse durante la vigencia del contrato, además de un término adicional contado a partir de la terminación del mismo, en aras de garantizar la no competencia entre quienes fueron franquiciante y franquiciado. Este plazo ha sido establecido por algunas leyes europeas, tal y como lo señala el tratadista Ernest Kaplan:

"(...) debemos considerar que dadas las características de la franquicia – los contratos tienen una duración muy extensa – podría ocurrir que el franquiciado no estuviera dispuesto a dejar de realizar una actividad empresarial con la cual ha obtenido éxito, aún cuando deje de utilizar los conocimientos técnicos secretos o los signos distintivos del franquiciante.

La legislación extranjera reconoce la necesidad de impedir que el ex franquiciado compita con el franquiciante por un plazo determinado, el Reglamento de la Comunidad Europea 4087/88 señala un plazo máximo de un año, en Bélgica se limita a dos años."<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> KAPLAN, Ernest George. *Franquicia y libre competencia*. En Revista electrónica de Derecho comercial. Tomado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf>

#### **4.2.2.2. No exclusiva**

Se da cuando dentro de un cierto territorio existen varios franquiciados con posibilidades de usar la marca y distribuir los productos del franquiciante. Este tipo de franquicia implica que los franquiciados compitan dentro de un mismo mercado.

#### **4.2.3. De conversión**

Se presenta cuando un negocio ya establecido accede a una cadena de franquicia adoptando las características de la misma. En este caso, el establecimiento no nace con el fin de desarrollar una franquicia, sino que por el contrario, el mismo se transforma para unirse a una cadena de franquicia adaptando sus métodos de producción y comercialización a los del franquiciante con el cual une esfuerzos.

#### **4.2.4. De servicios**

Este tipo de franquicia se asimila en sus elementos a la franquicia de distribución, pero su objeto no es la distribución de productos sino la prestación de servicios a usuarios finales, siendo principal la transferencia de un *know how* referido a la forma de prestar el servicio y no al desarrollo de la producción de bienes. Esta es la franquicia "Mediante la cual se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas."<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> FARINA Op cit.. Pág. 568

“El primer contrato de esta índole sometido a consideración de la Comisión Europea fue el notificado por la firma Service Master Ltd. de Inglaterra, relativo a un contrato-tipo de franquicia sobre prestación de servicios de carácter doméstico, limpieza y mantenimiento.

El contenido del contrato, que mereció la aprobación de la Comisión, comprendía las prestaciones normalmente incluidas en una franquicia de este tipo: prestación uniforme de los servicios contemplados en el contrato, basada en la utilización de un nombre común, un bagaje de conocimientos técnicos comerciales y administrativos, y una asistencia continuada por parte de Service Master, a cambio de cuyas prestaciones los franquiciados venían obligados a abonar ciertas contribuciones financieras; y a seguir las normas de uniformidad y calidad de sistema Service Master, comprometiéndose a someterse a inspecciones de sus locales y a presentar estados financieros a la franquiciadora.<sup>71</sup>

Dada su similitud con la franquicia de distribución, es posible considerar que su diferenciación no es del todo útil, a nuestro entender ésta resulta necesaria, ya que a pesar de que sólo sea posible diferenciarlas por la naturaleza de las obligaciones del franquiciado, que en un caso es distribuir bienes finales, y en el otro es prestar servicios, este elemento tiene especial relevancia y por lo mismo, le da a las obligaciones y derechos de las partes un alcance totalmente diferente. Otra de las razones por la que algunos creen que no resulta posible diferenciarlas es porque en últimas, en una franquicia de distribución está inmersa la prestación de ciertos servicios y viceversa.

---

<sup>71</sup> GUARDIOLA Op cit.. Pág. 244

Aún así, Enrique Guardiola ha dicho que “(...) a un nivel conceptual puede distinguirse la franquicia de servicios de la de distribución, no cabe afirmar que se trate de dos categorías absolutamente distintas e independientes pues salvo algunas franquicias muy concretas que solamente tienen por objeto la prestación de un servicio, como en las de Rent a Car, o de cadenas hoteleras (...) en la mayoría de los casos se incluyen ambas, y con la prestación de servicios se contempla la venta de artículos del franquiciador. Así, en la franquicia de Service Master, se abarca la obligación de los franquiciados de adquirir ciertos equipos y productos de limpieza a la franquiciadora o a cualquier otro franquiciador autorizado, para revenderlos a los usuarios.”<sup>72</sup>

### **4.3. SEGÚN LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO**

#### **4.3.1. De marca o de Primera generación**

Fueron las primeras franquicias en utilizarse, y eran aquellas “en la que el franquiciante cede al franquiciado la distribución de sus productos, junto con el derecho a utilizar su nombre comercial”<sup>73</sup> es equiparable a la franquicia de distribución ya que no incluye la obligación del franquiciado de hacer parte de la producción, solo en la venta al público de los productos del franquiciante.

---

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> ANZOLA Op., cit.. Pág. 504.

#### **4.3.2. De negocio o de Segunda generación**

Fueron la evolución del primer concepto de franquicias. A la obligación principal de distribuir le fue agregada la obligación de transmitir el know how, en algunos casos incluía la producción, en otros, el método se refería sólo a la venta final de los productos, en este punto, no se encontraban desarrollados todos los elementos de la franquicia como la conocemos hoy en día.

#### **4.3.3. De formato o de Tercera generación**

Es la franquicia más completa de todas, en este tipo de contrato, el franquiciante tiene la obligación de permitirle al franquiciado el uso de su marca y signos distintivos, transmitirle el know how y adicionalmente, debe supervisar, instruir y dirigir la actividad del franquiciado sin que esto implique una pérdida en la independencia que existe entre los contratantes. Es este el concepto más completo de franquicia y donde las obligaciones tienen un mayor alcance. Esta franquicia ha venido a "(...) simbolizar a la franquicia en general."<sup>74</sup> En esta franquicia "un franquiciador elabora y aprueba un procedimiento comercial específico, (el formato comercial), ya sea para la distribución de bienes o la prestación de servicios, que después procede a otorgar el derecho de uso a los franquiciados."<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> GUIA UNIDROIT Op cit.. Pág. 1

<sup>75</sup> Ibid.

## 5. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Si bien nos encontramos frente a un contrato atípico, ello no implica que el mismo, como consecuencia de su aplicación y estudio, no cuente con elementos que deben encontrarse dentro de las cláusulas contractuales. Para que el contrato de franquicia se entienda tal, la doctrina colombiana ha dicho que deben presentarse elementos como, el otorgamiento de derechos de propiedad industrial al franquiciado, la transmisión del Know how, y la remuneración<sup>76</sup>. Estos elementos son considerados esenciales por ser aquellos que “individualizan un contrato y que permiten distinguirlo de otros negocios jurídicos (...) lo que significa que para que el contrato de franquicia exista dichos elementos deben estar presentes en forma concurrente y se requiere el pleno acuerdo de los contratantes respecto de los mismos”<sup>77</sup>.

Estos elementos son los que las prácticas comerciales han recogido como determinantes del contrato, pero definirlos como esenciales resulta muy arriesgado considerando su carácter atípico; por ello en los párrafos siguientes definiremos todos los elementos del contrato, que a nuestro juicio, sin ser todos ellos esenciales, si se encuentran en la mayoría de contratos de franquicia. Esto no significa que se excluya la posibilidad de las partes de incluir elementos adicionales o de excluir algunos de los elementos aquí definidos. Dichos elementos son:

---

<sup>76</sup> CASTRO, Ruiz. Marcela. *Contratos Atípicos en el derecho contemporáneo colombiano* CÁMARA DE COMERCIO Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Bogotá 2006.

<sup>77</sup> *Ibíd.* Pág. 18

## 5.1. LA INDEPENDENCIA ENTRE LAS PARTES

Lo primero que resulta importante al respecto de este elemento es que en virtud del contrato de franquicia, franquiciante y franquiciado son independientes tanto jurídica, como económicamente, en la medida en que el franquiciado será visto, por un lado, y en lo que se refiere al aspecto jurídico, como un empresario independiente, motivo por el cual, nunca podrá entenderse que entre franquiciante y franquiciado existe una relación de carácter laboral, aun cuando el franquiciado deba sujetarse a las pautas establecidas por el franquiciante.

Al respecto, Osvaldo Marzorati asegura que:

“El franquiciado no es mandatario, ni agente, ni representante del franquiciante, sino que toma sus propias decisiones. Opera la franquicia conforme a normas impuestas por el franquiciante por que le aseguran una posibilidad de éxito que de otra manera no tendría. Ambos son interdependientes”<sup>78</sup>

Ahora bien, la inexistencia de una relación de carácter laboral entre franquiciante y franquiciado, no implica negar la relación de subordinación técnica que se presenta entre las partes como consecuencia de la asistencia y entrenamiento que el franquiciante presta al franquiciado, así como la facultad de control que ostenta aquel sobre éste, en aras – como se mencionará mas adelante – de salvaguardar o mantener el buen nombre de la empresa franquiciante.

---

<sup>78</sup> MARZORATI Op. Cit. Pág. 25

En lo que se refiere a la independencia de carácter económico, del hecho de que franquiciante y franquiciado sean empresarios independientes, se deriva también el que cada uno destina sus propios fondos para efectos de sacar adelante el negocio propuesto, de tal forma que los riesgos son asumidos de forma independiente, así como cada uno se encuentra en la obligación de dar cumplimiento a los compromisos que se adquieran en el desarrollo de la empresa.

Así lo establece la doctrina belga en los siguientes términos:

“The parties to the franchise agreement must remain independent: when drafting and enforcing a franchise agreement, parties should bear this in mind. There should be no suggestion of subordination of the franchisee; otherwise the 1978 law and its consequent disadvantages could well apply. The independence of the parties supposes that each must comply with social and fiscal regulations for independent traders as well as with the rules of book-keeping and annual accounts”<sup>79</sup>

Al respecto, la Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional de UNIDROIT, establece lo siguiente:

“En la franquicia por otro lado, el franquiciador y el franquiciado son dos empresarios independientes que invierten y arriesgan sus propios fondos. Franquiciador y franquiciado no son responsables por las acciones u omisiones del otro. Los contratos de franquicia de hecho contienen a menudo una disposición que afirma expresamente que el

---

<sup>79</sup> INTERNATIONAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS. *Commercial Agency and Distribution Agreements. Law and practice in the Member State of the European Union*. London: Kluwer law. 2003. p. 145

franquiciado no es el agente del franquiciador y carece de facultad para vincular al franquiciador.”<sup>80</sup>

Este elemento, entonces, deviene en fundamental del contrato de franquicia, pues es precisamente la idea de la autonomía la que genera el interés de contratar, esto en la medida en que el franquiciado, sin generar una relación de dependencia con el franquiciante, obtiene la posibilidad de emprender un negocio propio que será operado bajo lineamientos de comprobada eficacia, que garantizan, de cierta forma, el consecuente éxito del negocio emulado.

## **5.2. LA MARCA**

Sobre este elemento, lo primero que resulta importante mencionar es el concepto que la normatividad comunitaria ha dado sobre el tema, estableciendo que constituye marca “Cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado.”, que pueden registrarse como tales “los signos susceptibles de representación gráfica” y finalmente que “la naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.”<sup>81</sup>

Una vez dada la definición, puede decirse entonces que pueden constituir marcas los siguientes signos, que son mencionados en la decisión 486 de forma enumerativa y no taxativa:

- Las palabras o combinación de palabras

---

<sup>80</sup> GUIA UNIDROIT, Op cit.: Pág. 9.

<sup>81</sup> COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Régimen común sobre propiedad Industrial. Decisión 486, artículo 134.

- Las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, logotipos, monogramas, retratos, etiquetas, emblemas y escudos.
- Los sonidos y los olores
- Las letras y los números
- Un color delimitado por una forma, o una combinación de colores
- La forma de los productos, sus envases o envolturas
- Cualquier combinación de los signos o medios indicados anteriormente

Son entonces esos signos los que, en virtud del contrato de franquicia, pueden ser usados por el franquiciado, esto cobra importancia porque por regla general la empresa franquiciante – como se ha mencionado de forma reiterada – goza de un amplio reconocimiento por parte del público, de tal forma que el franquiciado podrá acceder al mercado con una ventaja inmensa sobre sus competidores, teniendo en cuenta que los usuarios y consumidores preferirán la marca mejor posicionada.

Ahora bien, en el marco del contrato objeto de estudio, debe aclararse que el uso de la marca cuenta con las limitaciones propias de la naturaleza del negocio, es decir, el franquiciado no se encuentra en la capacidad de dar uso a la misma de forma indiscriminada para cualquier producto o en cualquier establecimiento, sino que deberá someterse, a los productos, establecimientos y ámbito territorial otorgados en virtud del acuerdo.

Así lo establece el tratadista Lisandro Peña Nossa:

“El uso de la marca no es amplio e ilimitado, tiene limitaciones para su utilización estando sujeta a una serie de restricciones relacionadas con el producto o servicio, con el local o establecimiento de comercio, y al

mercado exclusivo. En cuanto al producto o servicio, la marca únicamente podrá ser utilizada con lo que es objeto de la franquicia y será de obligatorio cumplimiento. Con relación al local del negocio la marca se utilizará exclusivamente en el que se haya seleccionado para desarrollar la actividad del negocio y no podrá estar acompañada de otros símbolos, marcas o insignias comerciales. La marca sólo podrá ser utilizada por el franquiciado en el área geográfica o territorio exclusivo acordado para el ejercicio de su negocio.”<sup>82</sup>

Finalmente, en lo que se refiere a la transferencia de licencia del uso de la marca y signos distintivos concedidos en desarrollo del contrato de franquicia, como obligación del franquiciante y a la forma de cumplimiento de la misma, nos referiremos en extenso en el capítulo siguiente.

### **5.3. EL NOMBRE COMERCIAL**

El artículo 190 de la decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones define el nombre comercial como “cualquier signo que identifique a una actividad económica, a una empresa o a un establecimiento mercantil”.

De lo anterior, se deriva que el nombre comercial es aquel que identifica la empresa como tal, produciendo, en lo referente al contrato de franquicia, efectos semejantes a los referidos en el acápite anterior al respecto de las marcas, pues en la medida en que una empresa goce de reconocimiento público, tendrá mayor poder de mercado, lo cual se vería comunicado al franquiciado, quien cuenta con

---

<sup>82</sup> PEÑA NOSSA Op cit.. Pág. 235

la posibilidad de asumir el mismo nombre comercial del franquiciante, claro está, con las limitaciones impuestas en el contrato.

#### **5.4. EL KNOW HOW**

De igual forma que los elementos anteriores, la transferencia del know how se establece como uno de los pilares del contrato de franquicia, considerándose como un elemento esencial sin el cual no existe el contrato; esta figura, consistente en el saber hacer del negocio, se refiere claramente, a la existencia de un saber especializado que repercute en beneficios de carácter económico y que además se mantiene en secreto por parte de franquiciante, lo que genera la necesidad de terceros – en particular del franquiciado – de pagar un precio por acceder a dicho conocimiento.

El centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en laudo arbitral del 14 de julio de 2000, define esta figura en los siguientes términos:

“Considera el tribunal que la valoración del know how debe obedecer a criterios que fundamentalmente permitan establecer sin lugar a dudas que una sociedad puede valorar en forma cierta su posición dentro de un mercado, en cuanto tiene sobre su competencia un conocimiento especializado, para realizar una labor determinada. La formación del know how normalmente no es inmediata sino que corresponde a un proceso de acumulación gradual de conocimientos y de experiencias”<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso de Erasmo Pinzón Rodríguez vs. Colegio Militar General Rafael Reyes Ltda. laudo arbitral del 14 de julio de 2000.

Ahora bien, debido a la importancia de este instituto, diferentes doctrinantes<sup>84</sup> han establecido ciertas características que un conocimiento técnico debe cumplir en aras de ser considerado como know how propiamente dicho, a saber:

- **Debe ser probadamente exitoso:** es decir, debe existir una experiencia previa del franquiciante, que se manifieste en términos de conceder un éxito comercial que genere en los demás comerciantes el interés de acceder a él en la búsqueda de un beneficio propio.
- **Debe ser original:** De tal forma que quien no tiene acceso a él se encuentre interesado en pagar por conocerlo y utilizarlo, en consecuencia se genera el hecho de que el procedimiento sea confidencial y que se establezcan cláusulas en ese sentido no sólo durante la ejecución del contrato, sino después de su terminación.
- **Debe ser reproducible:** Es decir, el conocimiento debe ser susceptible de actualizarse o modificarse de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la aplicación del mismo, así como de transmitirse de forma lo más clara y concreta posible, a quien se encuentra interesado en acceder a él, para el caso que nos ocupa, el franquiciado.
- **Debe ser secreto:** Es decir, el procedimiento en su conjunto, así como los componentes que lo conforman, no debe ser conocido públicamente o de fácil acceso para terceros, ahora bien, esto no quiere decir que cada una de las particularidades que componen el know how sean desconocidas, sino, más bien que el hecho de conocer algunas de ellas no lleve al conocimiento del procedimiento en su totalidad o en sus características más especiales.

---

<sup>84</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos. Parte especial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2003. Pág. 292 y MASCHERONI Lemes, Jorge Ismael. *Franchising, Contrato atípico, Know how, partenariat*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 1999. Págs. 17 y 18, entre otros.

- **Debe ser sustancial:** es decir, debe incluir una información importante “para la venta de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y en particular para la presentación de productos para la venta, la transformación de productos en relación con la prestación de servicios, las relaciones con la clientela y la gestión administrativa y financiera. El know how debe ser útil para el franquiciado, al ser capaz en la fecha de conclusión del acuerdo, de mejorar la posición competitiva del franquiciado, en particular mejorando sus resultados o ayudándole a introducirse en un mercado nuevo”<sup>85</sup>
- **Debe ser identificado:** es decir, debe estar descrito de forma clara, suficiente y completa, de tal forma que de su descripción se derive el cumplimiento de las condiciones anteriores.

Debido a que el know how debe ser reproducible, autores como Michel Kahn, aseguran que este requisito se cumple a través del llamado ‘*package*’ o ‘*biblia del franquiciante*’<sup>86</sup>, la cual debe ser codificada en aras de posibilitar su consulta sin dificultades; este ‘*package*’ debe incluir entonces:

#### **5.4.1. El manual de normas gráficas (Manog)**

Este manual tiene por objeto informar al franquiciado las condiciones en las que debe usar la marca y los signos distintivos, de esta forma, el franquiciante garantiza que todos sus franquiciados lo hagan de la misma forma y en esa medida asegura la uniformidad de todos los medios a través de los cuales se

---

<sup>85</sup> MASCHERONI Lemes, Jorge Ismael. *Franchising, Contrato atípico, Know how, partenariat*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. 1999. Págs. 17 y 18.

<sup>86</sup> KAHN, Op. Cit. Pág. 27

hace pública la marca, insignia o signo distintivo, tales como los uniformes, los puntos de venta y las actividades de carácter publicitario, entre otros.

#### **5.4.2. El plan de instalación-tipo (Pat)**

Este manual tiene como finalidad definir, principalmente “la arquitectura comercial del punto de venta: la instalación interior y exterior, la ubicación de la insignia, la decoración de las vidrieras, la intensidad de la iluminación, los materiales, los coloridos estándar, etc.”<sup>87</sup> Lo que en el ámbito de la franquicia es conocido como *trade dress* o identidad corporativa.

#### **5.4.3. El manual de venta (Manuvent)**

Este manual es elaborado por el franquiciante y está destinado para su uso, su finalidad consiste en otorgar a quien pretende vender su franquicia todos los argumentos necesarios para el cumplimiento de tal fin.

#### **5.4.4. La carpeta de información**

Contiene información relativa al franquiciante, a su fórmula, a la red, a su notoriedad, así como lo referente a los posibles resultados económicos y a las inversiones requeridas. Esta pretende no sólo informar al posible franquiciado, sino que además cumple una función publicitaria, en el sentido en que constituye el primer acercamiento del candidato - franquiciado con el franquiciante.

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*, pág. 29

#### **5.4.5. El manual de procedimiento (Manpro)**

Se refiere a cada uno de los procedimientos que deben ser desarrollados en virtud del contrato de franquicia, con lo cual se cumplen dos finalidades, por un lado, se genera uniformidad en todos los franquiciados, y por el otro, facilita sus labores. Este manual se refiere principalmente a los siguientes aspectos, que a su vez constituyen manuales, a saber:

- Manual administrativo
- Manual comercial
- Manual de gestión y organización
- Manual de *merchandising*
- Manual de publicidad

#### **5.4.6. El manual económico – financiero**

Consiste en una guía para el franquiciado en el marco del manejo de la empresa que adquiere con la compra de la franquicia, comprende:

- La cuenta de resultado tipo: Establece los resultados de un franquiciado promedio.
- La cuenta de resultado estimado: Es el enfoque financiero adaptado a la empresa del franquiciado en particular.
- El presupuesto de tesorería: Indica las necesidades de tesorería requeridas para la explotación.

- El tablero de comando: consistente en una ayuda para que el franquiciado pueda determinar el avance de su gestión.
- La documentación estadística: Que le permite al franquiciado comparar su actividad con la de la cadena en conjunto.

#### **5.4.7. El manual jurídico**

Este contiene los documentos jurídicos necesarios para el buen desarrollo de la franquicia, se tienen como obligatorios en este manual el Documento de Información precontractual y el contrato de franquicia, adicionalmente, pueden agregarse documentos de forma facultativa.

Será entonces, con base en todo lo anterior que el franquiciado desarrollará el negocio objeto del contrato de franquicia, de forma tal que le sean solucionadas todas las dudas que le surjan en el desarrollo del negocio y paralelamente, cumpla con la estandarización de procedimientos buscada por el franquiciante.

### **5.5. REMUNERACIÓN**

Tal y como se mencionará más adelante, un elemento fundamental del contrato de franquicia consiste en la remuneración que el franquiciado debe pagar al franquiciante en desarrollo del contrato, esa obligación se deriva, claro está, del carácter oneroso de este contrato, así como de su naturaleza mercantil.

Así las cosas, se procederá a mencionar los diferentes tipos de pagos que deben hacerse en el desarrollo del contrato, a saber:

#### **5.5.1. Pago inicial**

También conocido como pago de entrada, consistente en la suma de dinero que debe pagar el franquiciado por el derecho de acceder a la red de franquicias. Respecto de este pago se han esbozado diferentes teorías acerca de su naturaleza, en la medida en que algunos autores afirman que se trata del pago de un derecho, en tanto que otros se refieren más bien al pago de unos servicios prestados de forma previa a la celebración del contrato, debate éste que será ampliado más adelante.

#### **5.5.2. Pago periódico o Royalty**

A través de éste, “el franquiciado retribuye al franquiciante los servicios que éste le brindó, el mejoramiento constante del know how, la formación permanente, así como toda la asistencia durante la vigencia del contrato. Este canon no debe ser incluido en el precio de los productos en el caso de que el franquiciante sea el distribuidor. Los servicios se dirigen principalmente a la comunicación y dirección de la red, así como a su organización y desarrollo.”<sup>88</sup>

#### **5.5.3. Pago de servicios específicos**

Cuando en el curso del contrato de franquicia, se presten servicios al franquiciado por parte del franquiciante, que no se encuentren incluidos entre

---

<sup>88</sup> KAHN, Op. Cit: Pág. 50

las obligaciones iniciales del franquiciante, el franquiciado deberá pagar una retribución por concepto de la prestación de dichos servicios; lo ideal es que en el contrato de franquicia se determine este supuesto y se establezca con claridad cuál será el valor, al menos provisional, de esos servicios adicionales que pueden ser:

- De auditoría
- De inspección
- De asistencia en la administración
- Consultas
- Publicidad

## **5.6. ASISTENCIA TÉCNICA Y/O COMERCIAL**

Una vez transferido el know how al franquiciado a través del llamado '*package*', el franquiciante se encuentra en la obligación de prestarle asistencia técnica y comercial, esto con el fin de garantizar el total entendimiento de los procesos y permitir que el negocio sea emulado de forma efectiva, en el sentido de que repercuta en beneficios económicos para el franquiciado y en el mantenimiento del buen nombre de la empresa del franquiciante.

“Con asiduidad la transferencia del saber – hacer y toda la complejidad de tareas a encarar cuando se enfrenta la duplicación de un negocio, hace inevitable poner énfasis y acento en el entrenamiento que se hace al franquiciado, porque de ello depende en buena parte la puesta en práctica con éxito de la nueva experiencia. Esto implica hacer conocer la complejidad y multifacéticas dimensiones que involucran un negocio.

También es una buena oportunidad para el franquiciante de conocer en profundidad las cualidades y capacidades de quien será su franquiciado, y a quien va a confiar una duplicación de su experiencia, que redundará en su beneficio o en su perjuicio”<sup>89</sup>

En ese sentido, debe precisarse también que la asistencia de la que se habla se presenta en dos momentos, por un lado de forma previa a la apertura de la franquicia y por el otro, en el desarrollo de la misma.

#### **5.6.1. La asistencia previa**

Se refiere a la asistencia relacionada con las actividades encaminadas a la apertura de la empresa franquiciada, en la medida en que lo que se pretende es que ésta cuente con las mismas características de la empresa franquiciante, motivo por el cual resulta importante el acompañamiento en ese sentido, en palabras de Michel Kahn, el franquiciado en esta etapa tiene derecho, entre otros, a que le sean prestados los siguientes servicios<sup>90</sup>:

- Su propia formación y la de su personal
- Ayuda en la elección del local
- Ayuda en la búsqueda de financiamiento
- Estudio de la ubicación del local

---

<sup>89</sup> MASCHERONI, Op. cit.: pág. 53.

<sup>90</sup> KAHN Op. Cit. Pág. 15.

### 5.6.2. La asistencia posterior

Se refiere a la etapa en la cual ya se ha dado la apertura de la empresa franquiciada, es decir, al desarrollo como tal del contrato de franquicia, volviendo de nuevo a lo asegurado por Kahn, tenemos que las obligaciones de asistencia en esta etapa consisten en<sup>91</sup>:

- Asistencia técnica y comercial
- Opiniones, asesoramiento en materia jurídica, fiscal, contable etcétera
- Consejos relativos a métodos de venta
- Ayuda en campañas publicitarias
- Formación dentro del marco de perfeccionamiento del know how
- Comunicación interna, dirección
- Suministros, abastecimientos
- Servicios diversos

Finalmente, vale la pena resaltar que de la asistencia prestada por el franquiciante, se deriva directamente la posibilidad de exigir al franquiciado que se ciña a los lineamientos por él establecidos, lo que repercute en la uniformidad del negocio desarrollada por los diferentes franquiciados.

*“Esta labor de asistencia perdura con el franquiciado durante la ejecución del contrato de franchising, que parte de la doctrina llama de control – asistencia. Esto se debe a que en la relación que se alcanza, el franquiciante esta obligado a prestar colaboración al franquiciado en la*

---

<sup>91</sup> Ibid. Pág. 29

*búsqueda de un correcto desempeño del emprendimiento, y éste último por su lado el derecho a exigirle al titular tal asistencia, vale decir un permanente aporte en donde en aquellos sectores donde éste es necesario. De otro lado el franquiciante exige del franquiciado que se avenga puntualmente a las instrucciones que recibió, y además, que tolere el contralor que el titular realiza de su desempeño.*<sup>92</sup>

## **5.7. TÉRMINO**

En el contrato de franquicia debe establecerse su término de duración, así como la posibilidad de renovación del mismo, bien sea por voluntad expresa de las partes o por la simple ausencia de manifestación en el sentido de querer dar por terminado el contrato, caso en el cual debe también establecerse cuál es el término de la prórroga tácita.

Así lo afirma Osvaldo Marzorati: “Lo aconsejable es celebrar un contrato con una extensión de dos a cinco años, según la índole del negocio, con diferentes opciones para renovarlo por plazos iguales, incluso en forma automática”<sup>93</sup>

Asimismo, asegura el tratadista que cada renovación puede utilizarse como la oportunidad propicia para la actualización del contrato comercial, de tal forma que si se ha celebrado un contrato a largo plazo, se dificulta la actualización del contrato frente a los cambios económicos, tecnológicos y legales en lo que se refiere al contrato en comento, lo cual no resulta del todo cierto, pues en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes, en la misma medida en que

---

<sup>92</sup> MASCHERONI Op. Cit. Pág. 54.

<sup>93</sup> MARZORATI. Franchising. Op. Cit. Pág. 41.

están facultadas para regular sus relaciones, lo están para modificarlas, recuérdese que en materia contractual existe la figura del otrosí, que funciona como un mecanismo válido y efectivo de modificación de las relaciones derivadas de los contratos.

## **5.8. EXCLUSIVIDAD TERRITORIAL**

Este aspecto es particularmente importante por estar directamente asociado con las prácticas que pueden ser consideradas como restrictivas de la competencia, consiste en el respeto, tanto del franquiciante, como del franquiciado, de la zona para la que se pacte la franquicia, de esta forma:

### **5.8.1. Por parte del franquiciante**

Consiste en no conceder más franquicias en la zona donde se encuentra funcionando la empresa franquiciada.

### **5.8.2. Por parte del franquiciado**

Consiste, en no ejercer las actividades y derechos propios del contrato de franquicia en una zona diferente a la determinada en el contrato.

Por tratarse de un elemento que busca garantizar la inexistencia de competencia, la ausencia del mismo podría derivar en el desinterés de las partes en la continuación del contrato, motivo por el cual podría llevarse a su terminación bajo la figura de la condición resolutoria tácita; en palabras de Peña Nosa:

“Esta exclusividad debe obrar en el contexto y respetarse en forma estricta para evitar conflicto y en caso de romperse ser causal de disolución con el resarcimiento de los perjuicios causados por tal incumplimiento”<sup>94</sup>

Ahora bien, en este punto resulta importante tener en cuenta lo mencionado anteriormente respecto de los pactos de exclusividad y las consecuencias que los mismos podrían tener en lo referente a la protección de la libre competencia, es decir, la exclusividad entre franquiciante y franquiciado debe pactarse de tal forma que no tenga por objeto ni como efecto restringir el acceso de competidores al mercado o limitar la distribución de los productos o servicios objeto del contrato de franquicia.

En este sentido la exclusividad per se no puede ser considerada como restrictiva de la competencia. La Doctora Marcela Castro Ruiz ha enumerado las cláusulas que en su entender, y de acuerdo a la legislación vigente, pueden ser restrictivas de la competencia en el contrato de franquicia:

- “Aquellas que tengan por objeto o como efecto la fijación de precios;
- Las que tengan por objeto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para terceros;
  - Las cláusulas por las cuales se pacta una repartición de mercados entre productores y distribuidores (franquiciante y franquiciados);

---

<sup>94</sup> PEÑA NOSSA Op Cit., Pág. 235

- Acuerdos que tengan por objeto o como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro;
  - Las que tengan por objeto o como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos;
- (...)<sup>95</sup>

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha reiterado en diferentes ocasiones que “en Colombia no es posible afirmar en abstracto si un pacto de exclusividad es desleal o no, pues es necesario analizar, entre otros factores, el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser reemplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, (...) y muchos otros.”<sup>96</sup>

## 5.9. CONTROL

Es una facultad que radica en cabeza del franquiciante que a su vez va de la mano con la obligación de asistencia, pues como se ha mencionado, en la medida en que se cumpla la obligación en la forma debida, podrá el franquiciante reclamar del franquiciado el cumplimiento de los estándares y procedimientos propios del sistema de franquicia, controlando de esa forma, las actividades del empresario en aras de cuidar su imagen.

“El dador cede el procedimiento exitoso, la marca, delega la elaboración de productos o la prestación de servicios, todo lo cual importa que los actos del tomador tienen un impacto decisivo sobre

---

<sup>95</sup> CASTRO. Op cit pág. 25

<sup>96</sup> TOBON, Natalia. Pactos desleales de exclusividad en Colombia. Tomado de <http://www.latinocounsel.com/esp/noticiaampliada.php?nid=4031>. el 16 de Septiembre de 2008.

la imagen del dador. Por ello y como contrapartida, el dador ejerce un control estricto, cuyo propósito es el cuidado de tales bienes. El *control* es un elemento que se revela en múltiples aspectos: el derecho del dador a autorizar la apertura de un establecimiento, el diseño del local, fijación de horarios comerciales, utilización de técnicas de producción o comercialización, la política de personal, las campañas promocionales y sus cargas financieras, el libre acceso a la contabilidad. Por otra parte, y a través del manual operativo, el dador instruye al tomador sobre el tipo de prestación que debe desempeñar, recortando severamente su autonomía. También alcanza al cumplimiento de obligaciones fiscales, laborales, normas de calidad, equilibrio económico y financiero por parte del franquiciado. Cuando hay una desviación de la finalidad (cuidado de la imagen) del control, hay un acto abusivo.<sup>97</sup>

Lo anterior cobra vital importancia en lo que se refiere a la independencia de las partes, pues en la medida en que el control del franquiciante devenga en excesivo y sobrepase el interés de salvaguarda de la imagen, podría entenderse la existencia de una relación de subordinación propia entre franquiciante y franquiciado, lo que llevaría a serias consecuencias en lo que a la responsabilidad frente a terceros se refiere.

---

<sup>97</sup> LORENZETTI Op. Cit., Pág. 293 y 294

## **6. OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

A pesar de tratarse de un contrato atípico, la costumbre y la doctrina han definido las obligaciones que surgen tanto para el franquiciante como para el franquiciado con la celebración del contrato de franquicia. Esto no significa que no subsistan algunas discusiones sobre el alcance y la naturaleza de las obligaciones dependiendo del tipo de franquicia de que se trate y de la voluntad de las partes contenida en el contrato.

Es importante aclarar que, como en todos los contratos, existen obligaciones previas a la celebración, obligaciones concomitantes y obligaciones posteriores. En este estudio nos referiremos sólo a las obligaciones concomitantes.

Muchas de las obligaciones del contrato son definidas por el franquiciante, quien es la parte dominante en la relación contractual ya que, como se ha dicho en líneas anteriores, se trata, en la mayoría de los casos, de un contrato de adhesión, a través del cual el franquiciado se suma a una red o cadena de franquicia donde los términos contractuales ya han sido estandarizados por el franquiciante.

### **6.1. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE**

El franquiciante, durante el desarrollo del contrato de franquicia, debe cumplir con las siguientes obligaciones:

### 6.1.1. Transferencia

La obligación que hemos denominado de transferencia, se refiere a la “entrega” que el franquiciante debe hacer al franquiciado de algunos de los elementos del contrato que han sido definidos en el capítulo anterior, por ello nos detendremos en el alcance de la obligación y no en la definición del elemento sobre el cual ésta recae.

En estos términos “el franquiciante aporta la denominación social, el nombre comercial, insignia y marca de fábrica, de comercio o de servicio, así como los conocimientos y experiencias –*know how*- de naturaleza técnica, comercial y administrativa, u otros aplicables, en la práctica, a la explotación de una empresa o al ejercicio de una profesión. Para tales efectos el franquiciante debe ser propietario o tener los derechos legales de uso, del nombre comercial, marca y otros elementos distintivos de identificación.”<sup>98</sup>

Como se ha dicho, esta obligación implica la “entrega” efectiva al franquiciado del “patrimonio empresarial” que, en este caso está comprendido del *know how*, la marca, signos distintivos y el nombre comercial entre otros.

“La obligación fundamental puesta a cargo del franquiciador, queda comprendida como ya se ha visto, por un objeto ciertamente complejo que no abarca un solo bien o un único tipo de bienes, sino que se trata de un verdadero patrimonio empresarial que, como tal, ha quedado organizado de una forma peculiar y específica que es propia, particular de éste y que se constituye como uno de los elementos reales del contrato mismo. Pues bien, la obligación de hacer entrega de dicho conjunto patrimonial comprende en sí misma

---

<sup>98</sup> ANZOLA. Op. Cit. Pág. 507

todos aquellos actos que conducen a la finalidad o resultado último en qué consiste la transmisión de cada uno de los elementos o bienes considerados como esenciales –materiales e inmateriales- y necesarios para que el adquirente/franquiciado pueda comenzar con normalidad la actividad en que habrá de consistir su empresa franquiciada”<sup>99</sup>

Esta obligación de transferencia, puede ser catalogada como de resultado, que implica que el franquiciante, siendo titular de los bienes que comprenden dicho patrimonio de forma previa a la celebración del contrato, debe realizar todos los actos tendientes a que el franquiciado “pueda considerar que efectivamente se le han transmitido los elementos (...) o lo que es igual, a través de las distintas prestaciones en que consiste la puesta a disposición de los mismos”<sup>100</sup>. La obligación se entiende cumplida entonces con la transmisión efectiva de dichos elementos.

Nos estamos refiriendo a una obligación de dar, que en los términos de nuestro Código Civil *“contiene la de entregar de la cosa; y si esta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarla hasta la entrega”*<sup>101</sup>

Lo dicho hasta ahora nos indica cómo esta obligación se entiende cumplida sólo cuando el franquiciado está facultado para usar los elementos que el franquiciante ha puesto a su disposición. Para este efecto no resulta relevante realizar un análisis de la conducta o de la diligencia del franquiciante para determinar si empleó los medios idóneos para cumplir su obligación.

---

<sup>99</sup> HERNANDO. Op. Cit. Pág. 183.

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> Código Civil. Artículo 1605.

El cumplimiento de estas obligaciones, aunque implica un acto de disposición por parte del franquiciante, debe verificarse durante el término de duración del contrato. Esto no significa que el hecho de que la “entrega” se pueda considerar como una obligación de cumplimiento periódico, significa que el franquiciante debe permitir su uso por parte del franquiciado.

Vemos entonces dos conductas por parte del franquiciante. La primera de ellas debe ser una conducta activa, donde transfiere al franquiciado los elementos que integran esta obligación, y la segunda una conducta pasiva, en donde deja que el franquiciante disponga de los bienes materiales e inmateriales que le son transferidos. Este último elemento se da sin perjuicio de la obligación de supervisión que recae sobre el franquiciante a la cual nos referiremos más adelante.

Ricardo Luis Lorenzetti se refiere a ésta, como una obligación nuclear donde se tiene que su “(...) objeto es complejo. Incluye obligaciones *de dar*, como la entrega de productos, la marca, los signos distintivos, el know how, etcétera; *de hacer*, como la de suministro de asistencia técnica y de *no hacer*, como la de no obstaculizar el progreso de la franquicia. La interpretación que debe hacerse a esta obligación es, por tanto, global y finalista”<sup>102</sup>

En esta definición, el autor incluye dentro de la obligación genérica las obligaciones de asistencia y de supervisión, que en este estudio, serán tratadas aparte.

---

<sup>102</sup> LORENZETTI. Op. Cit. Pág. 297.

#### **6.1.1.1. Conceder la licencia de uso de marca**

“esta es una de las obligaciones esenciales de este contrato y la que va a distinguir un contrato de suministro, de distribución o de simple transferencia de tecnología de uno de franquicia.”<sup>103</sup>

La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen de Propiedad Industrial, se refiere a la facultad que le es dada al titular de una marca de licenciar a un tercero para su uso y explotación:

“Artículo 162.- El titular de una marca registrada o en trámite de registro podrá dar licencia a uno o más terceros para la explotación de la marca respectiva.

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efectos frente a terceros.

A efectos del registro, la licencia deberá constar por escrito.

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia.”

Así, aunque el contrato de franquicia no es un contrato sujeto a formalidades, la licencia de marca, en los términos de la disposición citada, debe constar por escrito para que pueda surtir efectos. Cabe entonces preguntarse en qué momento se satisface la obligación de transferir la licencia de marca, si se cumple con la manifestación de la voluntad que

---

<sup>103</sup> ARCE GARGOLLO. Op. Cit. Pág. 390.

debe constar por escrito, o si se cumple con el registro de dicho documento ante la autoridad competente.

Según esta Decisión, “cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia”, esto significa que las partes podrán determinar en el contrato sobre quien recae la obligación de perfeccionar el registro. En la mayoría de los casos, esta obligación recae sobre el franquiciado.

En conclusión, el momento en el que el franquiciante cumple con su obligación puede variar. Se agotará con la suscripción del documento donde autoriza al franquiciado a hacer uso de la marca cuando se haya estipulado que el registro está a cargo de este último, o con el registro cuando el contrato lo obliga a realizarlo. En Colombia, este registro se debe adelantar ante la Delegatura de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Es importante en todo caso recordar que la “entrega” es el componente inicial de la obligación, ya que adicionalmente debe garantizarle al franquiciado la posibilidad de usarla en las condiciones pactadas contractualmente durante todo el término de duración del contrato.

#### **6.1.1.2. Autorizar el uso del nombre comercial**

El uso del nombre comercial del franquiciante, por parte del franquiciado significa que, ante los compradores, “franquiciador y franquiciados son una misma entidad”. Esto no significa que las partes pierdan su independencia,

o que se confundan en una misma persona jurídica, significa que, los consumidores finales no están en capacidad de diferenciarlos.

Para que el franquiciado se beneficie efectivamente de las ventajas comerciales obtenidas por el franquiciante, las obligaciones de este último deben permitir que el franquiciado actúe ante los consumidores sin que estos estén en capacidad de saber que se trata de una persona diferente al franquiciante.

Aunque “(...) ante la clientela o externamente, parezca que franquiciador y franquiciados son una misma entidad, (...) pero ello es debido precisamente a la utilización de un mismo nombre comercial, el cual se emplea como símbolo o signo externo de identificación de la empresa y de ahí que se le pueda imponer al segundo como verdadera carga de que de algún modo indique su calidad de comerciante independiente”<sup>104</sup>

### **6.1.1.3. Transferencia del know how**

“Es la obligación de entrenar al franquiciado para la conducción de un negocio y la organización del trabajo. A cambio, este debe seguir las instrucciones que ha recibido y actuar de acuerdo con el entrenamiento impartido”<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> HERNANDO. Op. Cit. Pág. 221.

<sup>105</sup> MARZORATI. Op. Cit. Pág. 36

“(…) la transmisión del know how se verifica normalmente a través de una licencia, (…) el licenciante franquiciador no pierde la titularidad del know how licenciado ni la posibilidad de explotarlo, (…) mientras que el licenciario franquiciado queda autorizado a su explotación durante un cierto tiempo y en las condiciones pactadas contractualmente.

En cualquier caso, por tratarse de la transmisión de un bien de naturaleza incorporeal, se entenderá por entrega el envío de los medios materiales que constituyen su soporte físico y que son portadores –o mero instrumento- del conocimiento que se va a transmitir.”<sup>106</sup>

Esta obligación implica no sólo la transmisión de un sistema de operación, sino también la de enseñar a utilizarlo. De ahí que sea a su vez una obligación de dar y de hacer. “Para permitir que el licenciario de la franquicia haga uso eficaz del sistema es necesario que se le comunique. El sistema de franquicia será comunicado al licenciario de la franquicia de una o más de las formas posibles, que incluyen un posible manual de operación y cursos de formación.”<sup>107</sup>

Se trata igualmente de una obligación de resultado, en la que lo importante, al igual que en el caso de la licencia de marca, es la posibilidad que el franquiciante le da a franquiciado de usar los métodos, y la formación acompañada de la entrega material de folletos e instructivos.

Si bien la obligación puede ser entendida como de ejecución instantánea, es más adecuado considerarla como una obligación de tracto sucesivo, ya que no se agota con una “entrega” inicial, sino que en la medida en que el

---

<sup>106</sup> HERNANDO. Op. Cit. Pág. 240

<sup>107</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. (OMPI). Ginebra, 1994. Pág. 31

franquiciante modifique o perfeccione dichos métodos, deberá transmitir esas actualizaciones al franquiciado.

“(…) Una vez transmitido el *know how* se habrá de proceder después a su permanente actualización, considerándose dicha prestación, por tanto de ejecución sucesiva, porque los elementos que componen el *know how* han de adaptarse constantemente a la evolución de las técnicas, las necesidades del mercado y la clientela... lo que llevará consigo el que la propia red en general y cada una de las empresas franquiciadas en particular queden sujetas también a eventuales cambios, variaciones y mejoras.”<sup>108</sup>

### **6.1.2. Asistencia**

Esta obligación implica que el franquiciante debe acompañar al franquiciado durante el desarrollo del contrato, y dependiendo de las estipulaciones contractuales puede extenderse a diferentes aspectos de la actividad. “La asistencia que el franquiciante debe prestar al franquiciado es amplia, puesto que se da tanto para elementos económicos como financieros”<sup>109</sup>

“Durante la duración completa del contrato el franquiciador puede proporcionar consejo y asistencia en una serie de cuestiones administrativas, operacionales y técnicas. Puede observarse que bajo ciertas jurisdicciones la prestación continua de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato es un elemento obligatorio de cualquier contrato de franquicia. En algunos casos se

---

<sup>108</sup> HERNANDO. Op. Cit. Pág. 240

<sup>109</sup> *Ibid.* Pág. 23

creará una línea de emergencia para los sub-franquiadores, con el propósito de asegurar que cualquier asistencia que se necesite se proporcione rápida y eficazmente.”<sup>110</sup>

Esta es una obligación de medio que se concreta en la actitud positiva del franquiciante, que complementa las obligaciones de dar incluidas en el contrato, y que implica su actuar idóneo y diligente<sup>111</sup>. Se trata así de “una obligación que consistiendo en el desenvolvimiento de una actividad concreta por parte del franquiciador es, por ello, de las denominadas de medios, en virtud de la cual el franquiciador se obliga a utilizar en su realización la diligencia que le es propia”<sup>112</sup>. La diligencia exigida será entonces la de un buen hombre de negocios.

Michel Kahn, considera que la obligación de asistencia se extiende a los siguientes aspectos:

- Asistencia técnica y comercial.
- Opiniones, asesoramiento en materia jurídica, fiscal, contable etcétera.
- Consejos relativos a métodos de venta.
- Ayuda en campañas publicitarias.
- Formación dentro del marco de perfeccionamiento del know how.
- Comunicación interna, dirección.

---

<sup>110</sup> GUIA UNIDROIT. Op. cit. Pág. 73.

<sup>111</sup> “El franquiciante tiene sobre sí el deber de asistencia al franquiciado en todos los aspectos que hacen a la marcha del negocio, y en este sentido debe actuar con la premura y diligencia necesaria que haga eficiente la misma. También aquí los procedimientos de asistencia y asesoramiento que debe al franquiciado, los debe encarar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, y los franquiciados pueden exigir que la misma sea igualitaria para todos los participantes de la red” MASCHERONI. Op. Cit. Pag. 103.

<sup>112</sup> HERNANDO. Op. Cit. Pág. 255.

- Suministros, abastecimientos.
- Servicios diversos.

### **6.1.3. Supervisión**

Aunque para algunos autores, la supervisión es para el franquiciante más que una obligación un derecho, en nuestro entender es una obligación que se configura así mismo como un derecho y como una garantía para el franquiciante, permitiéndole verificar la calidad de los productos, la implementación correcta de las técnicas de producción y el uso adecuado de los métodos de comercialización por parte del franquiciado. De ser considerada sólo como un derecho implica aceptar que su no ejercicio no conlleva ningún tipo de responsabilidad, y como veremos en capítulos posteriores, la ausencia de supervisión por parte del franquiciante de la actividad del franquiciado puede llegar a comprometer su responsabilidad frente a terceros.

Habiendo delimitado el alcance del concepto podemos decir que “El franquiciante está autorizado para controlar la calidad de los productos ofrecidos, limitar o vetar la elección de los locales, y podrá ejercer actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.”<sup>113</sup>

Es importante igualmente aclarar si se trata de una obligación de medio o de resultado. Creemos que se trata de una obligación de medio, en cuyo cumplimiento debe analizarse la conducta del franquiciante, su diligencia, y no la efectividad del control. El franquiciante debe implementar todos los medios

---

<sup>113</sup> ANZOLA. Op. Cit. Pág. 508.

que estén a su alcance para asegurarse de que el franquiciado está actuando en el ámbito de sus instrucciones y que por lo mismo, sus productos o servicios se ajustan plenamente a los estándares de producción, comercialización y de calidad.

“El control del licenciante de la franquicia sobre la manera en la que el licenciario de franquicia opera el sistema es esencial para asegurar que la operación sea realizada debidamente y que los derechos de propiedad intelectual, propiedad del licenciante de la franquicia, y en especial sus signos distintivos, están protegidos. Ello es necesario porque en una operación de franquicia el público asociará directamente al licenciante de la franquicia con el licenciario de la misma. Por lo tanto, va en interés de ambas partes mantener la reputación y la clientela de los signos distintivos del licenciante de la franquicia. En lo relativo al control de calidad de los productos manufacturados o de los servicios prestados por el licenciario de la franquicia, el licenciante normalmente insistirá en el cumplimiento de las instrucciones y recomendaciones contenidas en el manual de operación, en tener el derecho de inspeccionar la operación del licenciario de la franquicia y en que se le ordenen los suministros o bien que se ordenen de una fuente recomendada o aprobada por él.”<sup>114</sup>

Esta obligación no implica de forma alguna subordinación entre las partes, es mas una garantía que le permite asegurarse de que la actividad del franquiciado no está comprometiendo su buen nombre. Es por esto que la actividad del franquiciado debe responder de forma estricta a los términos del

---

<sup>114</sup> OMPI. Op. Cit. Pág. 38.

contrato y debe respetar los estándares de calidad que han permitido el posicionamiento en el mercado de la parte franquiciante.

#### **6.1.4. Financiación**

Esta es una obligación que depende totalmente de la voluntad de las partes, puede perfectamente no presentarse sin que ello altere la naturaleza del contrato. Se trata de la asistencia financiera que el franquiciante le presta al franquiciado y que se puede presentar de diferentes formas.

“Muchas veces el franquiciante se obliga a financiar o co-financiar con el franquiciado estudios previos de mercado, a efectos de determinar con cierta precisión el lugar más adecuado y la infraestructura suficiente para instalar la nueva unidad franquiciada, puede asumir además obligaciones tales como facilitar apoyos financieros para la instalación, o gestionar créditos y proveer garantías, puede obligarse a facilitar al franquiciado sistemas de administración o contabilidad, y aún auditorías externas tanto para aspectos financieros y contables, como de eficiencia y calidad en la gestión de negocios”<sup>115</sup>

Se puede manifestar entonces, en la obtención de un crédito por parte del franquiciante en beneficio del franquiciado, o en constitución de gravámenes o garantías que le permitan al franquiciado obtener los recursos necesarios para la puesta en marcha del negocio.

---

<sup>115</sup> MASCHERONI. Op. Cit. Pág. 96.

## 6.2. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO

### 6.2.1. Pago de la remuneración o canon

Esta obligación comporta diferentes aspectos: el pago del canon inicial y el pago del canon mensual, regalías o *royalties*.

- **El canon inicial:** es el pago del derecho de entrada, esta obligación surge en el momento en el que se perfecciona el contrato.

“su efectiva realización –la entrega de la suma pactada- se vinculará normalmente al cumplimiento de las distintas prestaciones que configuran la obligación de entrega a cargo del franquiciador, o lo que es lo mismo: una vez puestos a disposición del franquiciado por aquél los elementos patrimoniales y organizados que constituyen los elementos de la empresa franquiciada y habiéndolos recibido oportunamente éste sin denuncia de vicios, empieza para el mismo el plazo para cumplir con el pago del precio: sea toda la cantidad que constituye dicho canon, sea el primer plazo de convenios con el franquiciador”<sup>116</sup>

Se trata así de la primera obligación que surge al momento de celebrarse el contrato y que a su vez hace que nazca para el franquiciante la obligación correlativa de transferencia. “Por lo general, el franquiciado debe pagar una suma fija de dinero a la otra parte al principio de la relación y regalías

---

<sup>116</sup>HERNANDO. Op. Cit. Pág. 287.

durante su transcurso. En la mayoría de definiciones legales de franquicia se menciona el pago de un derecho de entrada o regalía inicial.”<sup>117</sup>

En opinión de Michel Kahn, se trata más bien de un “derecho inicial global” que no se asemeja a un derecho de entrada, sino que se constituye en la contraprestación dada al franquiciante, “por los servicios prestados al franquiciado antes de la apertura de su punto de venta”<sup>118</sup> y que comprende:

- La naturaleza de la exclusividad territorial.
- Los servicios de estudio previos a la implantación.
- Los servicios de ayuda para la búsqueda del local.
- La asistencia en la búsqueda del financiamiento.
- La entrega de los planes para la instalación-tipo y el seguimiento de los mismos.<sup>119</sup>

La mayoría de la doctrina se aparta de esta línea, considerando que se trata efectivamente del pago de un derecho de entrada a la red del franquiciante, que da paso al nacimiento de las obligaciones de transferencia propias de este contrato.

El pago de los derechos de ingreso es una obligación de ejecución instantánea, aspecto que no se altera por el hecho de que el franquiciante permita un pago a plazos como parte de la financiación que puede

---

<sup>117</sup> *Ibíd.*

<sup>118</sup> KAHN. *Op. Cit.* Pág. 50.

<sup>119</sup> *Ibíd.*

brindarle al franquiciado, caso en el cual nos encontraríamos frente a una obligación de ejecución diferida.

- **El pago de los cánones periódicos:** El pago del canon mensual implica la cancelación de una suma pactada en el contrato como contraprestación por la transferencia por parte del franquiciante de los diferentes elementos que permiten el desarrollo de la empresa. Este pago puede ser pactado como una suma fija, o como un porcentaje variable sobre las ventas. se trata así de una obligación determinada o determinable de *dar* sumas de dinero de forma periódica, de ahí que se trate de una obligación de tracto sucesivo.

### 6.2.2. Información

Se trata de una prestación que se cumple de forma periódica, que le permite al franquiciante estar al tanto de la actividad del franquiciado, particularmente de los rendimientos económicos de su actividad. “El franquiciado debe informar al franquiciante el desarrollo de la negociación mercantil. Este informe es básicamente económico, sobre los resultados de la negociación: ventas, costos, utilidades, productos vendidos, etc. Generalmente se hace en formatos que proporciona el franquiciante. Esta obligación puede incluir la de enviar anualmente estados financieros”<sup>120</sup>

Aunque sin duda, la información económica es de gran importancia, particularmente cuando el pago del canon mensual está ligado a un porcentaje de ventas, esta obligación se extiende a los diferentes aspectos de la actividad de la parte franquiciada según se determine en el contrato. “Resulta razonable

---

<sup>120</sup> ARCE GARGOLLO. Op. Cit. Pág. 394.

que el franquiciado deba informar periódicamente al franquiciante de la gestión que está llevando a cabo y le suministre los datos estadísticos sobre el desarrollo de su negocio, pues ello le permite a este último el seguimiento de los resultados y el control del funcionamiento de toda la red.”<sup>121</sup>

Otro de los aspectos relevantes de esta obligación es el deber que tiene el franquiciado de informar al franquiciante sobre “cualquier reclamación de responsabilidad presentada, de cualquier pleito legal, procedimiento, petición administrativa u otra investigación iniciada, al igual que de la emisión de cualquier orden, interdicto, fallo o decreto de cualquier tribunal (...)”<sup>122</sup>

### **6.2.3. Adquirir licencias**

Esta es una obligación de ejecución instantánea, que se perfecciona con el registro del documento, en el que el franquiciante autoriza al franquiciado para usar su nombre comercial, marca, signos distintivos y en el que lo licencia para usar su know how. Puede ser, como se explicó en líneas anteriores una obligación del franquiciante o del franquiciado. En la mayoría de los casos, es deber del franquiciado, particularmente si se tiene en cuenta que el documento de licencia debe ser registrado – en la mayoría de los casos – en las oficinas de la autoridad competente del lugar donde se desarrollará la actividad del franquiciado.

---

<sup>121</sup> FARINA. Op. Cit. Pág. 571

<sup>122</sup> GUIA UNIDROIT. Op. Cit. Pág. 170

#### **6.2.4. Seguir instrucciones**

Se trata de una de las obligaciones fundamentales de este contrato, y que responde a los correlativos deberes del franquiciante de transferir el know how materializado no sólo en la licencia, sino en el *dar* los manuales de funcionamiento y de realizar las capacitaciones que resulten pertinentes. Si el franquiciado no se obligara a actuar según las instrucciones impartidas por el franquiciante la figura sería equiparable al contrato de licencia de marca.

Esta obligación, tiene un alcance particularmente importante puesto que la franquicia misma se basa en la uniformidad de imagen, que se traduce no sólo en el hecho de que el consumidor no está en capacidad de diferenciar al franquiciante del franquiciado, sino también en la garantía que se le debe dar al mismo de que en todas las unidades que conforman el sistema de franquicia encontrará productos o servicios de la misma calidad y precio.

De ahí que en los casos en los que se causen daños a terceros, el franquiciante pueda alegar el no cumplimiento de esta obligación por parte del franquiciado para eximirse de responsabilidad.

#### **6.2.5. Confidencialidad**

La obligación de transferencia se da bajo el supuesto según el cual la información que está transfiriendo será usada sólo por el franquiciado y para el desarrollo de la actividad objeto de franquicia. “El franquiciatario está obligado

a no divulgar a terceros ninguna información *confidencial* sobre tecnología, la operación misma de la negociación o la propia franquicia”<sup>123</sup>

Se refiere entonces no sólo al deber del franquiciado de mantener bajo estricta reserva toda la información que obtiene por el desarrollo del contrato, sino que además, implica la imposibilidad de usar lo aprendido para efectos diferentes al desarrollo de la franquicia, o para pasar a ser competencia del franquiciante. Los conocimientos que el franquiciado obtiene son propiedad del franquiciante y tienen carácter secreto por lo que le habría resultado imposible obtenerlos fuera del marco de la franquicia.

En la mayoría de los casos, en los contratos se incluye una cláusula de confidencialidad “para brindar protección tanto al know how del franquiciador como a cualquier otra información confidencial que se entregue al sub-franquiciador y a los sub-franquiciados”<sup>124</sup>

“El compromiso de conservar el carácter confidencial de ciertos elementos del sistema de franquicia redundará en beneficio del licenciante y del licenciario de la franquicia. Cualquier licenciante de franquicia habrá hecho uso de tiempo y energía considerables para desarrollar el sistema de franquicia y, en gran medida, este sistema está contenido o descrito en el manual de operación. Por lo tanto, resulta especial para el mantenimiento de los secretos comerciales del licenciante de la franquicia que el manual de operación y cualquier otra

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*

<sup>124</sup> GUIA UNIDROIT. Óp. Cit. Pág.139

información de naturaleza confidencial sean mantenidos en secreto por el licenciatario de la franquicia<sup>125</sup>

Esta obligación puede ser catalogada como de medios, e igualmente califica la conducta del franquiciado, considerando que en la celebración del contrato de franquicia el franquiciante podrá exigirle a éste la celebración de acuerdos de confidencialidad con sus empleados, y en general, con las personas que deban conocer la información sujeta a protección para el desarrollo del objeto del contrato. “digno de mención es el hecho de que el alcance de un cláusula de confidencialidad no está necesariamente limitado al *know-how* técnico y/o comercial que pueda ser protegido. Tal cláusula también puede incluir otra información o incluso partes componentes del *know how*, que normalmente carecerían de cualificación para la protección legal.”<sup>126</sup>

La voluntad de las partes podrá extender el deber de confidencialidad a toda la información que a su entender no sea de dominio común, y durante todo el tiempo que lo consideren pertinente.<sup>127</sup>

Al ser la información y los métodos protegidos parte del patrimonio del franquiciante, son a su vez la razón de ser de su éxito en el mercado y lo que justifica su posición frente a los competidores. La confidencialidad implica que la celebración del acuerdo de franquicia no pone en peligro esas ventajas

---

<sup>125</sup> OMPI. Pág. 41.

<sup>126</sup> GUIA UNIDROIT. Óp. Cit. Pág. 139.

<sup>127</sup> “La obligación de confidencialidad no llega a su fin con la terminación del contrato, sino que normalmente durará hasta que la información haya llegado a ser pública. Sin embargo se debe hacer notar que en algunas jurisdicciones esta obligación continuará obligando a la parte que la ha asumido incluso cuando el *know how*, sin culpa de ninguna de las partes implicadas, haya llegado a ser conocimiento público durante la duración del contrato”. GUIA UNIDROIT. Óp. Cit. Pág. 140.

competitivas que le han permitido al franquiciante diferenciarse de su competencia.

La Corte de Justicia de la Unión Europea, en el estudio del caso de Pronuptia de Paris vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, se ha referido a esta obligación entendiendo la necesidad de su existencia dentro del contrato:

“The Court of Justice held that, first, the franchisor must be able to communicate his know how to the franchisees and provide them with the necessary assistance in order to enable them to apply his methods, without running the risk that the know-how and the assistance might benefit competitors, it follows that provisions which are essential in order to avoid that risk do not constitute restrictions on competition. (...) secondly, the franchisor must be able to take the measures necessary for maintaining the identity and reputation of the network bearing his business name or symbol. It follows that provisions which establish the means of control necessary for that purpose do not constitute restrictions on competition (...)”<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Caso de Pronuptia de Paris vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis caso No. 161/84 ECR 353. Citado en: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS. Op Cit.. Pág. 61.

## 7. LA RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Al ser el franquiciante y el franquiciado personas jurídicamente independientes, sin que sea posible diferenciarlos en algunos casos, surgen dificultades a la hora de definir de forma inequívoca la manera en la que responderán ante terceros cuando haya lugar a responsabilidad por daños ocasionados en desarrollo de la franquicia.

Este ha sido uno de los aspectos más problemáticos de la franquicia, y se presenta particularmente en los países donde el contrato es atípico. Esta dificultad se presenta principalmente por la imposibilidad que tienen algunos terceros, especialmente los consumidores, de diferenciar al franquiciante del franquiciado en el desarrollo de ciertos actos.

Debemos destacar dos puntos de vista diferentes. Por un lado, el franquiciado puede celebrar contratos con terceros, no considerados consumidores, ante quienes debe actuar usando su propio nombre informando su calidad de franquiciado y su condición de independencia. Y por el otro, se encuentra la celebración de actos con terceros consumidores, caso en el cual, la obligación de informar su condición no se presenta necesariamente, lo que no resulta del todo extraño considerando que la parte franquiciada pretende beneficiarse del buen nombre del franquiciante y de su reconocimiento, accediendo a un mercado al que posiblemente no habría podido acceder actuando sin su respaldo.

“Dado que el franquiciado actúa a nombre propio y por su cuenta y riesgo, en principio, sólo él debe responder frente a terceros que han utilizado el servicio. Se aplicarían, pues, entre el franquiciado y el

tercero, los principios de la responsabilidad contractual en razón del contrato que celebraron entre sí. Se ha afirmado que este principio no puede ser absoluto, debido a que el franquiciado actúa bajo la marca y las insignias del franquiciante, presta un servicio de acuerdo con los patrones del franquiciante, y ajusta su conducta a las directivas de éste."<sup>129</sup>

Como bien lo dice Marzorati, ese actuar independiente del franquiciado no siempre resulta claro, menos frente a terceros que pueden pensar que se trata de una misma persona.

Otro aspecto que debe ser considerado, es la falta o ausencia de vínculo contractual entre ese tercero y el franquiciante, lo que en principio lo deslegitima para ejercer contra éste cualquier tipo de reclamaciones. Esta falta de legitimación para actuar en contra del franquiciante queda en entredicho cuando el franquiciado actúa como aparente representante del franquiciante.

Es posible entonces diferenciar las siguientes situaciones, partiendo del presupuesto de que "La relación que une a las partes es, inicialmente, autónoma e independiente y, en base (sic) a este principio, como regla, *el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado* Así:

- a) El franquiciante no responde frente a los terceros que han contratado con el franquiciado, salvo que pueda imputarse apariencia jurídica de representación.

---

<sup>129</sup> MARZORATI. Op. Cit. Pág. 408.

b) El franquiciante responde frente a los consumidores por los daños causados por el franquiciado, con quien es solidariamente responsable (...)"<sup>130</sup>

Identifica el autor citado dos variables de la responsabilidad del franquiciante, siendo claro entonces en los casos en los que el tercero puede diferenciar totalmente al franquiciante del franquiciado, "Es natural para el franquiciador asumir exclusiva y absoluta responsabilidad por cualquier pérdida, perjuicio, costo o gasto (incluidas costas judiciales y honorarios legales razonables) que surja de cualquier reclamación, acción, petición administrativa u otra investigación relacionadas con la gestión del negocio, con independencia de la razón que la provocó."<sup>131</sup>

Esta afirmación puede presentar ciertas dificultades si se trata de una franquicia de distribución donde el franquiciante es quien fabrica los productos, y el franquiciado es quien los vende a terceros, caso que se analizará en detalle mas adelante.

### **7.1. NORMAS DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

Teniendo en cuenta la importancia que las personas que acceden a un producto o servicio han adquirido a través de la historia, las diferentes legislaciones han adoptado medidas pertinentes para la protección de sus derechos, salvaguardándolos en el caso en que puedan verse afectados o perjudicados por la adquisición de un bien o servicio defectuoso, teniéndose como consumidores todos aquellos puedan verse afectados directa o indirectamente; en palabras de Jorge Mascheroni:

---

<sup>130</sup> LORENZETTI. Op. Cit. Pág. 302.

<sup>131</sup> GUIA UNIDROIT. Op. Cit. Pág 170.

“Nosotros respecto al consumidor entendemos pertinente adoptar un criterio amplio, incluyendo en tal condición a todos aquellos que directa o indirectamente puedan ser afectados en tanto consumidores. En un principio es posible sostener que la protección al consumidor, apuntaba a restablecer el equilibrio entre éste y entre los proveedores o fabricantes, ubicados en nuestra sociedad de consumo en una posición predominante.”<sup>132</sup>

La responsabilidad frente a los consumidores no puede ser tratada de la misma forma en que se trata la responsabilidad frente a los demás terceros, teniendo en cuenta que los países cuentan con normas específicas para proteger al consumidor en los casos en los que los productos resultan defectuosos y le generan un perjuicio.

Estas normas son propias de cada Estado, y esto significa que dependiendo del país en el que se desarrolle la franquicia, el franquiciante podrá o no ser responsable de los perjuicios que se causen a los consumidores finales del producto o servicio.

“Por tanto, existiendo muchas veces la obligación del franquiciado de fabricar productos de acuerdo a patentes, normas técnicas e instrucciones precisas del franquiciante, será muy importante para éste tener muy claro cuál es la legislación del país, los usos y costumbres del territorio donde se instalará la franquicia, a efectos de tener presente la adjudicación de responsabilidades.

En este sentido, lo que establezcan las leyes respecto a la responsabilidad frente a los terceros, por los productos

---

<sup>132</sup> MASCHERONI. Op cit. Pág. 225

comercializados o producidos bajo licencia del franquiciante, o por los servicios prestados con la marca y símbolos del mismo, son elementos fundamentales para este tipo de contrato.

Para el franquiciante será crucial saber si en un territorio determinado puede ser considerado responsable por los productos fabricados, comercializados o por los servicios prestados por el franquiciado, cuál es el régimen de los seguros y las garantías o disposiciones fiscales. La cuestión central a resolver es si un consumidor en caso de sufrir daños o perjuicios por las prestaciones del franquiciado, o por haber sido afectado por productos deficitarios suministrados, o por actos u omisiones del franquiciado, puede ir contra el franquiciante.”<sup>133</sup>

La falta de uniformidad en las normas de protección al consumidor es una dificultad para el franquiciante, ya que este hecho le significa necesariamente una carga adicional a las obligaciones que surgen del contrato, mas cuando este contrato no está tipificado en el país donde espera entrar.

La responsabilidad del franquiciante está además ligada a la clase de franquicia de la que se trate, así por ejemplo, en una franquicia de distribución donde quien fabrica los productos es el franquiciante, y quien los vende es el franquiciado su responsabilidad será mayor. En este último caso quien estaría llamado a responder es el franquiciante al ser el encargado de velar por la buena calidad de los productos que entrega al franquiciado.

Igualmente, es posible pensar que el franquiciante debe responder cuando quien produce es el franquiciado, pero lo hace con estricto cumplimiento de los métodos

---

<sup>133</sup> MASCHERONI. Op cit. Pág. 225 y 226

transferidos a él por el franquiciante, es decir, cuando la causa del perjuicio son los defectos en los métodos o en el know how objeto del contrato.

“La responsabilidad del franquiciante es independiente de la del franquiciado, cuando el producto dañino es defectuoso por error del diseño, por haber seguido rigurosamente la técnica transmitida, o por haber utilizado la maquinaria entregada. Igual solución corresponde en caso de falta de información al público, pues compete al franquiciante poner el producto en el mercado con las advertencias necesarias.”<sup>134</sup>

Estos casos presentan una dificultad especial: aunque en principio podamos decir que quien debe responder en este caso es el franquiciante, el consumidor no cuenta con la posibilidad de ejercer acciones contra él ya que entre ellos no existe relación contractual alguna. Esto significa que una responsabilidad que, en principio, debería ser de tipo contractual pasa a ser tratada como una de tipo extracontractual.

“(…) el consumidor no tiene relación contractual con el franquiciante y, por tanto no puede contractualmente formularle un reclamo, salvo en caso de vicio o defecto de la cosa y por aplicación de los principios de responsabilidad cuasidelictual. Puesto que en el contrato de franquicia el franquiciante- fabricante no es el inmediato vendedor, su responsabilidad frente al consumidor o usuario es extracontractual”<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> LOPEZ CABANA, Roberto. *Contratos Especiales en el siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Pág. 85

<sup>135</sup> MARZORATI. Op. Cit. Pág. 411.

## **7.2. PUBLICIDAD Y GARANTÍAS**

Las obligaciones del franquiciado de responder por la calidad de los productos y de atender las reclamaciones de los consumidores en los casos en los que éstos estén insatisfechos o se le hayan causado perjuicios, se debe a su obligación de actuar dentro de los lineamientos establecidos por el franquiciante para seguir sus estándares de calidad y atención al público.

No existe discusión sobre la determinación del sujeto pasivo de la reclamación, en todos los casos el consumidor dirige su actuación contra el franquiciado, quien es su vendedor y quien se obligó contractualmente. La duda surge es al momento de determinar quién es el responsable económico de esta reclamación.

Si nos encontramos frente a una franquicia de distribución, es natural que el franquiciado pueda repetir contra el franquiciante para que éste le suministre nuevos productos en los casos en los que se haya visto obligado a indemnizar perjuicios por vender productos defectuosos, o a cambiar un producto por otro cuando el cambio se da dentro de la cobertura de la garantía. Hablamos en estos casos de la facultad de que sea el franquiciado quien reclame al franquiciante dado que en la mayoría de los casos el consumidor no conoce la calidad en la que su vendedor actúa.

Si se trata de otro tipo de franquicia, en donde el franquiciado es responsable de desarrollar todo el proceso, desde la producción hasta la entrega final del producto, es él quien se ve obligado a asumir el costo de entregarle al consumidor un producto que esté en capacidad de satisfacer sus expectativas y en este mismo

sentido, quien se verá obligado a arreglar, cambiar, o realizar la devolución del dinero en caso de ser necesario.

Es muy importante que estos aspectos sean definidos en el contrato con el fin de evitar posibles controversias. Se trata de un tema que no ha sido entendido de forma uniforme por la doctrina y que, a falta de una regulación que le resulte aplicable, está condicionado sólo a la voluntad de las partes.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos de franquicia, el franquiciado se presenta como si fuera el franquiciante mismo, los consumidores podrían verse en la situación de asumir que se encuentran frente a una red comercial de propiedad de un único empresario y no ante una red de franquicias, perteneciente cada una a un empresario independiente, motivo por el cual, podrían llegar a presentar la reclamación ante un franquiciado distinto a aquel con que celebraron el contrato en virtud del cual se vieron afectados, lo que en nuestro parecer podría derivarse en un desconocimiento de los derechos de los consumidores, en la medida en que no cuentan con la información suficiente encaminada a la protección de los mismos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que las fallas en los productos y la respectiva obligación de responder puede imputarse a diferentes causas, lo que en principio cambiaría igualmente el sujeto responsable. Es posible que la falla se deba un incumplimiento de la obligación del franquiciado de implementar el *know how* del franquiciante, o a un error en su desarrollo, caso en el que podría afirmarse que el responsable es el franquiciado, o puede ocurrir que, aún cumpliendo con las instrucciones técnicas que le han sido dadas, la producción resulta defectuosa, caso en el cual la causa del defecto se encuentra en la

estandarización del proceso y no en su implementación por parte del franquiciado, siendo entonces imputable la falla al franquiciante titular del *know how*.

Al respecto, establece la Guía de UNIDROIT:

“La relación de franquicia casi siempre implicará la imposición por parte del franquiciador de un sistema y método de operación acompañados de controles. La conducta del sub-franquiciado en el cumplimiento de sus obligaciones podría ser perfectamente correcta y en concordancia con los requerimientos del franquiciador, pero aún así originar un daño a un cliente o a un tercero que carezca de relación contractual con el sub-franquiciado. Esto podría llevar a que un tribunal encontrara al franquiciador responsable por los actos u omisiones del subfranquiciado”<sup>136</sup>

En cualquiera de los eventos posibles es especialmente importante que se determine el alcance de la garantía, es decir, que se establezca de forma clara qué tipo de atención se puede dar dentro de la garantía. Resultaría confuso y por demás problemático pensar que el franquiciado ofrezca una garantía de mayor cobertura a la que ofrece el franquiciante, o que los aspectos cobijados por la misma resulten distintos en uno y otro caso.

“Con objeto de reducir los riesgos de responsabilidad, el contrato de franquicia principal contendrá habitualmente la prohibición al sub-franquiciador de ejercer cualquier representación, o dar cualquier garantía, con respecto a cualquier producto que haya obtenido del franquiciador que vaya más allá de las representaciones o garantías

---

<sup>136</sup> UNIDROIT, Guía. Op. Cit. Pág. 168

dadas por el franquiciador y/o más allá de los estándares normales en el país anfitrión.”<sup>137</sup>

Esto nos permite concluir que sin importar cómo las partes, franquiciante y franquiciado, determinen en qué caso y bajo qué circunstancias el costo de la garantía debe ser asumido por uno o por otro, lo que sí resulta claro es que el consumidor final dirigirá su reclamación contra el franquiciado sin que a él le importe si quien asume los costos de su resarcimiento es una persona diferente a la que le vende el producto, y que sin importar si actúa ante un franquiciante o ante un franquiciado, sus garantías son exactamente las mismas. Lo que se pacte al interior del contrato de franquicia no puede derivar en ningún caso en una desmejora o desconocimiento de los derechos con los que cuenta el consumidor final del producto.

---

<sup>137</sup> *Ibid.* Pág. 172

## 8. CONSIDERACIONES FINALES

A manera de conclusión, podemos decir entonces que la franquicia – como se ha establecido de forma reiterada en el presente documento – se ha constituido a través de la historia como un importante mecanismo de expansión comercial, a nivel no sólo nacional, sino también en el ámbito internacional, por mostrarse ante las partes interesadas a contratar como un esquema que, evidentemente, presenta más beneficios que dificultades tanto para el franquiciante como para el franquiciado.

Sin embargo, debido a su naturaleza de atípico, se genera como consecuencia que sean las partes quienes, al momento de celebrar el contrato, definan las obligaciones que estarán en cabeza de cada una de ellas, así como el alcance de las mismas, sin que existan normas positivas que otorguen claridad acerca de cada uno de los elementos contractuales, ni de las características y obligaciones surgidas del contrato; De tal forma que, de existir una laguna, podrían presentarse dificultades al momento de un conflicto, no sólo para las partes, sino también para el juez del contrato, en la medida en que no exista norma positiva y en consecuencia aquellos tengan que acudir a la costumbre mercantil, a las características similares presentadas en figuras contractuales típicas, o en última instancia someterse a lo que el juez del contrato considere se deriva de la celebración del mismo.

Si bien la dificultad anterior no resulta en nada novedosa, ello no implica que no repercuta en el entorno jurídico – económico de quienes se encuentran interesados en ofrecer (franquiciante), comprar (franquiciado) o celebrar negocios (terceros) con una franquicia, particularmente si se tiene en cuenta la magnitud de las empresas que abren sus puertas a la estudiada figura contractual, pues la ausencia de una

regulación específica sobre el tema, disminuye la seguridad de las partes acerca de los elementos del contrato, lo que constituiría un aspecto en contra a la hora de celebrar un acuerdo de esa naturaleza.

Ahora, todo lo anterior no quiere decir que exista un vacío sobre el contrato de franquicia, pues debido a su gran importancia, varios autores e incluso diferentes tribunales han tratado de definir los elementos, características y obligaciones que de él se derivan, esfuerzo que, claramente, no ha sido en vano, pues es con base en esos estudios doctrinales y jurisprudenciales que los potenciales contratantes tasan sus expectativas y obtienen conocimiento acerca de sus obligaciones; lo que existe es un vacío legal, que en un sistema de derecho positivo como el colombiano, en el que lo que prima es la ley, representa inseguridad jurídica.

Debe resaltarse entonces el papel que ha jugado la costumbre a lo largo de todo el proceso de consolidación del contrato de franquicia como un mecanismo de expansión comercial óptimo, permitiéndole a las partes encontrar elementos que si bien no han sido definidos por la ley, deben presentarse en el contrato para que este tenga el carácter de tal. Es sin duda la costumbre la fuente principal de esta modalidad contractual, donde las partes pueden definir el ámbito de su actuación y el alcance de sus obligaciones dentro de las normas generales que rigen los contratos y las obligaciones.

Es por lo anterior que consideramos indispensable la creación de normas jurídicas tendientes a la regulación positiva del contrato de franquicia, que permita a partes y juez tener claridad acerca de las implicaciones derivadas de la celebración de este tipo de negocio, permitiendo de esa forma, la previsión y seguridad de los contratantes.

Pero consideramos igualmente que, gran parte del éxito de esta figura se debe a su

atipicidad, especialmente en el ámbito internacional, ya que este carácter atípico le da a las partes un mayor rango de negociación y de definición de los elementos del contrato sin que se presente un conflicto entre las legislaciones de los países de las partes contratantes, lo que como se dijo anteriormente, representa a su vez una gran dificultad al no existir ningún mecanismo que prevea de alguna manera los posibles conflictos entre las partes dándole armas a los jueces y árbitros para la solución de controversias.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABATTI Luis Enrique, ROCCA Ival, La franquicia comercial. Tomado de: [http://www.garciaalonso.com.ar/de\\_interes/recursos/Franquicia%20comercial.htm](http://www.garciaalonso.com.ar/de_interes/recursos/Franquicia%20comercial.htm)
- ANZOLA GIL, Marcela, El contrato de franquicia, Bogotá: Legis
- ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. Ciudad de México: Editorial Porrúa. 2004
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto; BEJARANO GUZMÁN, Ramiro; GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique; ISAZA UPEGUI, Álvaro; TRUJILLO CALLE, Bernardo; VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos y VERNOT, Claudette. Aplicación práctica del derecho mercantil. 1ª edición. Medellín: Biblioteca jurídica DIKE. 1999.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo I. Novena Edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. 2002
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos mercantiles. Tomo II. Cuarta Edición. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. 2002
- BELTRAN ALANDETE, Teresa y CHULIÁ VICÉNT, Eduardo. Aspectos Jurídicos de los contratos atípicos. V3. Barcelona: José María Bosch Editor. 1998
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Régimen jurídico de los conocimientos técnicos. Buenos Aires: Editorial Heliasta. 1985

- CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso del Departamento de Sucre vs. Compañía Distribuidora de Loterías Ltda. Codilol, en relación con la lotería de Sucre. Octubre 31 de 1970.
- CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso de Preparaciones de Belleza S.A. "Prebel" S.A. vs. L'oreal,. Mayo 23 de 1997.
- CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso de Risaralda Motor S.A. vs. General Motors Colmotores S.A. Agosto 26 de 1999.
- CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de arbitraje y conciliación. Caso de Erasmo Pinzón Rodríguez vs. Colegio Militar General Rafael Reyes Ltda. laudo arbitral del 14 de julio de 2000
- CASTRO, RUIZ. Marcela. Contratos Atípicos en el derecho contemporáneo colombiano CÁMARA DE COMERCIO Y UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, Bogotá 2006.
- CHERVIN DE KATZ, Marta. ¿Qué es el franchising? Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 1995
- COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. Régimen común sobre propiedad Industrial. Decisión 486
- DE LA FUENTE Y DE LA CONCHA, Alberto. *Análisis y propuesta de regulación del contrato de franquicia en la legislación mexicana*. Tesis profesional. Puebla.

Universidad de la Américas Puebla. 2003. Tomado de [http://cataria.udlap.mx/u\\_dl\\_a/tales/documentos/ledi/d\\_l\\_a/capitulo2.pdf](http://cataria.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/d_l_a/capitulo2.pdf)

- ECHEBARRIA SAENZ, Josefa A. El contrato de franquicia: definición y conflictos en las relaciones internas. Madrid: McGraw-Hill. 1995
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico, Obligaciones y contratos comerciales parte general. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1994.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico, Contratos parte especial. V1. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1994.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico, Contratos parte especial. V2. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1994.
- ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico, Contratos parte especial. V3. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1994.
- FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2005
- GÓMEZ, Michael Anderson. Aspectos impositivos de los contratos de concesión y de franquicia. En Derecho de la distribución comercial. Bogotá: El navegante editores. 1995.
- GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. Contratos de colaboración en el comercio internacional. Barcelona: Bosch Casa editorial. 1998

- HERNANDO GIMÉNEZ, Aurora. El contrato de franquicia de empresa. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 2000
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF YOUNG LAWYERS. Commercial Agency and Distribution Agreements. Law and practice in the Member State of the European Union. London: Kluwer law. 2003
- JALIFE DAHER, Mauricio. Comentarios a la Ley de Propiedad Industrial. México: Editorial Porrúa. 2007
- KAHN, Michel. Franchising y partenariado. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1998.
- KAPLAN, Ernest George. *Franquicia y libre competencia*. En Revista electrónica de Derecho comercial. Tomado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/kaplan01.pdf>
- LOPEZ CABANA, Roberto. Contratos Especiales en el siglo XXI. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1999.
- LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. Contratos Internacionales de transferencia de tecnología, el know how. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez. 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Contratos. Parte especial. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2003.

- MARTORELL, Ernesto Eduardo. Tratado de los contratos de empresa. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1997
- MARZORATI, Osvaldo J. Franchising: características, lanzamiento, expansión internacional, el garante; master y development franchise agreements; cambio de condiciones, transferencia, terminación; responsabilidad y control; Internet y la franquicia. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2001
- MARZORATI, Osvaldo J. Sistemas de Distribución comercial. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1995
- MASCHERONI LEMES, Jorge Ismael. Franchising, Contrato atípico, Know how, partenariado. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1999
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, (OMPI). Guía de Franquicias. Ginebra. 1994
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Bogotá: temis. 1994
- PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles. Negocios del empresario. Bogotá: Ecoe ediciones. 2003
- PUELMA ACCORSI, Álvaro. Contratación Comercial Moderna. Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2002

- RUIZ PERIS, Juan Ignacio. El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia. Primera edición. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
  
- RUIZ PERIS, Juan Ignacio. Los tratos preliminares en el contrato de franquicia. Pamplona: Editorial Aranzadi. 2000
  
- SANCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones de derecho mercantil. Decima edición. Valladolid: Editorial Revista de derecho Privado. 1984.
  
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Instituciones del derecho mercantil. 28ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi. 2005
  
- STUMPF, Herbert. El contrato de Know How. Bogotá: Editorial Temis. 1984
  
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 02007889 del 2 de abril de 2002
  
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto número 02085094 del 29 de octubre de 2002
  
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 02018871 del 24 de abril de 2002.
  
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 02008933 del 19 de marzo de 2002.

- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 01052233 del 14 de agosto de 2001.
  
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 00084733 del 28 de noviembre de 2000.
  
- SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, concepto 96047717 del 27 de noviembre de 1996
  
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad Civil. Tomo I Bogotá: Legis. 2007
  
- TORRENTE BAYONA César, GALINDO VANEGAS, Héctor Rubén, ALTURO GARCÍA, Sandra. Las franquicias. Cámara de Comercio de Bogotá. 1995
  
- UNIDROIT. Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma, 2005
  
- UNIDROIT. Ley modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma, 2007
  
- VANEGAS SANTERO, Antonio. El contrato de franquicia. Ediciones librería del profesional. Bogotá. 1999.

- VELILLA MORENO, Marco Antonio. El contrato de franquicia. En Derecho de la distribución comercial. Bogotá: El navegante editores. 1995.