

EL CONTRATO DE FRANQUICIA INTERNACIONAL: ANÁLISIS NORMATIVO Y DE LA PRÁCTICA COMERCIAL EN COLOMBIA

INTERNATIONAL FRANCHISE AGREEMENT: AN ANALYSIS ON COLOMBIAN
REGULATION AND GENERAL TRADE PRACTICES

✉ POR: ESTEFANÍA ARIAS MOLINA¹

Fecha de recepción: 26 de octubre de 2016
Fecha de aprobación: 11 de noviembre de 2016

Resumen

En el contexto de la globalización y la apertura de los mercados, el contrato de franquicia internacional constituye un instrumento jurídico útil y eficiente para la incursión en nuevos mercados. No obstante, este contrato internacional no cuenta con una regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, así como tampoco se encuentra una regulación uniforme a nivel internacional. Si bien el principio de autonomía de la voluntad rige en gran medida el desarrollo de estos contratos, persiste aún la problemática de definir, ante la ausencia de estipulación de las partes del derecho aplicable a su relación contractual y la consecuente aplicación del derecho del Estado al cual se encuentre más vinculado el contrato, cuál es el marco regulador de la relación contractual transfronteriza, acudiendo en concreto al derecho colombiano, y al derecho internacional. En este orden de ideas, el presente texto abordará, en una primera sección, qué normatividad regula el contrato de franquicia internacional en Colombia, para luego considerar la práctica comercial relacionada con el mismo.

1 Abogada, Universidad EAFIT, Colombia, eariasma@eafit.edu.co



Palabras claves: *contrato de franquicia internacional, derecho internacional, derecho colombiano, práctica comercial, lex mercatoria.*

Abstract

Within the context of globalization and liberation of markets, the international franchise agreement constitutes a useful and efficient legal instrument for the incursion in new markets. However, there is no specific regulation in Colombian law for this agreement, as well as it does not have a uniform international regulation. Whereas private autonomy is a major principle concerning regulation of these agreements, prevails the question to define, due to the absence of pact between the parties and the subsequent regulation by the State which the agreement has a closer connection, which is the regulatory frame for the international contractual relationship, attending to Colombian law, and international law. Therefore, this text shall approach, in its first section, to the Colombian law that may regulate international franchise agreement, and then the general trade practices related to it.

Key words: *international franchise agreement, international law, Colombian law, general trade practice, lex mercatoria.*

Introducción

Como consecuencia de la globalización iniciada a finales del siglo XX se ha producido una rápida integración económica, social y legal que ha facilitado la expansión del comercio.² Debido a este fenómeno, y de la consecuente apertura de los mercados, el derecho se ha adaptado a las nuevas necesidades del comercio mediante la creación de diversos instrumentos contractuales que son utilizados para la incursión de los negocios en los mercados extranjeros. Contratos tales como la agencia comercial, el contrato de distribución, la licencia y la franquicia internacional son algunos ejemplos de este fenómeno. Este último tipo de contrato es aquel celebrado entre nacionales de Estados diferentes y en donde una de las partes “transmite a la otra el uso del Know how y de su propiedad intelectual, con el fin de explotar económicamente un negocio o empresa dentro de determinada zona o

2 Subgerencia Cultural del Banco de la República, *Globalización* (2015), [en línea], disponible en: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/libro>, consulta: 22 de marzo de 2016.



área geográfica”,³ a cambio de una contraprestación económica.⁴ El creciente uso dado a este tipo de contratos en tiempos recientes, refleja sus principales ventajas económicas, como lo son, la posibilidad de incursionar en un mercado mediante la explotación de una unidad productiva que ya se encuentra consolidada y que goza de reconocimiento, lo que a su vez permite la consecución de utilidades de forma flexible y eficiente frente a otros tipos de negocios que requieren de todo un desarrollo inicial, o del establecimiento de la empresa en otros mercados. Por ende, el contrato de franquicia internacional permite dinamizar las relaciones comerciales y generar un ambiente de expansión empresarial, lo cual conlleva a nuevas alternativas para el desarrollo del comercio dentro de un marco institucional de libre comercio.⁵

No obstante, el contrato de franquicia internacional no cuenta con una regulación uniforme a nivel internacional,⁶ y en el caso de Colombia, el contrato de franquicia no se encuentra regulado expresamente en la ley comercial, convirtiendo este contrato en uno atípico.⁷ Por otro lado, si bien el principio de la autonomía de la voluntad privada constituye una herramienta importante que permite a los particulares elegir la el derecho aplicable al contrato internacional, en este caso, el de franquicia, ello no elimina el problema de la ausencia de regulación de éste por parte de ordenamientos jurídicos como el colombiano, cuando el mismo resulta aplicable en virtud de la elección de las partes o de la ausencia de determinación del derecho aplicable. En consecuencia, surge la problemática de determinar, ante la aplicación del derecho del Estado al cual se encuentre más vinculado el contrato, dada la ausencia de elección del derecho aplicable al mismo, o por la misma elección de las partes, cuál es el marco regulador de la relación contractual transfronteriza,⁸ y analizar

3 Miguel Fernando Londoño Álvarez, “El contrato de franquicia internacional en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 26, núm. 26, 2005, p. 139.

4 Carlos Esplugues Mota et al, “Otros contratos”, en *Derecho comercial internacional*, 2° edición, España, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 254. La definición que se presenta en el presente artículo pretende ilustrar de manera general en qué consiste un contrato de franquicia. No pretende ser una definición exhaustiva de este tipo de contrato, pues el mismo conlleva una serie de elementos que sería necesario profundizar en la conceptualización del concepto de contrato de franquicia, lo cual excede objeto del presente artículo.

5 El modelo económico adoptado por el Estado colombiano en la Constitución de 1991 mediante el artículo 333, reconoce y protege la libre iniciativa privada y la libertad de empresa como desarrollo de la autonomía privada.

6 Osvaldo J. Marzorati, *Derecho de los negocios internacionales*, 3° edición, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, pp. 93-94.

7 Luis Humberto Ustariz, “Estudio del desarrollo de la franquicia en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 28, núm, 28, abril de 2008, p. 72.

8 Carlos Esplugues Mota et al, “Otros contratos”, en *Derecho comercial internacional*, 2° edición, España, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 255.



si dicha regulación contempla vacíos que deban ser suplidos mediante la aplicación de la práctica comercial nacional e internacional, y así proveer mayor seguridad a la relación contractual.

De esta forma, en el presente artículo se describirán cuáles normas colombianas pueden entrar a regular el contrato de franquicia internacional (1), y se determinará cuáles de éstas siguen criterios eminentemente nacionales (1.1), y cuales siguen criterios del derecho internacional (1.2). Finalmente, se hará una descripción de la práctica comercial (2), tanto nacional (2.1) como internacional (2.2) que pueda ser útil a la regulación del contrato de franquicia internacional, para concluir si en efecto ésta es un mecanismo apto para compensar la ausencia de un marco legislativo general expreso que regule el contrato de franquicia internacional, y si otorga mayor seguridad a la relación contractual.

1. Descripción del marco jurídico colombiano aplicable a la regulación del contrato de franquicia internacional

El contrato de franquicia internacional es distinguible de otros acuerdos de transferencia de tecnología y de intercambio de bienes y servicios, pues se caracteriza por involucrar: i) transferencia de derechos de propiedad intelectual tales como marcas y nuevas creaciones; ii) transferencia del *Know-How*; y la provisión de iii) asistencia técnica y contable, todo lo anterior a cambio de una contraprestación que recibe la denominación de regalías.⁹

Ante la ausencia de una normatividad internacional general que regule el contrato de franquicia internacional, las normas del Derecho Internacional Privado permiten la aplicación del derecho interno a este tipo de contrato como una técnica de regulación supletiva.¹⁰ En este orden de ideas, el ordenamiento jurídico colombiano contiene normas que pueden ser aplicadas a cualquier relación contractual nacional o internacional, pues regulan aspectos generales relacionados con contratos, competencia, propiedad intelectual e inversión extranjera.

Si bien el ordenamiento jurídico colombiano no regula de manera expresa el contrato de franquicia,¹¹ dichas disposiciones generales permiten a los operadores jurídicos construir un marco regulador de la relación contractual, adoptando aquellas disposiciones que, bien sea

9 Andrés Felipe Quiroga Olaya, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012, p. 6.

10 Pedro A. de Miguel Asnesio, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, segunda edición, Civitas, 2000, Madrid, España, p. 208.

11 *Ibíd.*, p. 9.



de manera directa o indirecta, sean aplicables al contrato de franquicia internacional, y así brindar mayor seguridad a dicha relación jurídica.

En este sentido, aquellas normas que pueden ser aplicables al contrato de franquicia internacional son distinguibles por cuanto algunas de ellas siguen estándares internacionales derivados de la suscripción de convenciones internacionales, de la adopción de *Leyes Modelo* creadas por los diferentes organismos internacionales, o en virtud del derecho comunitario –principalmente latinoamericano-. Por otro lado, se encuentran normas que siguen criterios eminentemente nacionales, derivadas del principio de la autonomía de la voluntad privada o de normas internas imperativas, que de igual forma son aplicables al contrato de franquicia internacional. Con el fin de profundizar en estos aspectos se abordará en primera instancia en las normas aplicables al contrato de franquicia internacional que siguen criterios nacionales (1.1), para luego considerar el mismo asunto a la luz de los estándares internacionales (1.2).

1.1 Normas aplicables al contrato de franquicia internacional que siguen criterios nacionales

Como se ha indicado, el contrato de franquicia en Colombia es atípico, pues no cuenta con una regulación expresa. La atipicidad que envuelve el contrato de franquicia, encaja en aquella definida por Arrubla Paucar como una *de segundo grado*. Es decir, el contrato de franquicia cuenta con una *tipicidad en primer grado*, por cuanto el contrato, negocio jurídico fuente de obligaciones, se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico colombiano; y la misma ley regula la estructura y los elementos que todo contrato debe contener para dar origen a lo que Arrubla define como un “*tipo jurídico fundamental y abstracto*”.¹² Ahora bien, la *tipicidad en segundo grado* hace referencia a aquellos elementos naturales definidos en la ley que permiten individualizar a cada contrato y diferenciarlos entre sí.¹³ Frente a esto, bien puede identificarse el contrato de franquicia como uno que carece de *tipicidad en segundo grado*, pues el ordenamiento jurídico no regula su marco contractual con especificación de sus elementos esenciales, su estructura y los derechos y obligaciones que corresponden a las partes.¹⁴

12 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 26-27.

13 *Ibíd.*, p. 27.

14 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 27.



Ante la presencia de éste fenómeno de atipicidad contractual, han sido bastantes los esfuerzos jurisprudenciales y doctrinales para lograr precisar cómo identificar el marco regulador de los contratos atípicos en el ordenamiento colombiano. En ese sentido, los doctrinantes Guillermo Ospina Fernández y Guillermo Ospina Acosta, apoyados en el criterio acogido por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 1938, afirman que “*el orden de prelación normativa en los actos atípicos debe ser el siguiente: 1) las leyes imperativas; 2) las cláusulas libremente redactadas o estipuladas por los agentes; 3) las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos, según el caso; 4) las reglas propias del contrato típico más próximo o semejante, y 5) la doctrina constitucional y los principios generales del derecho.*”¹⁵ Sin embargo, el doctrinante Arrubla Paucar difiere de la conclusión a la que llegan Ospina Fernández y Ospina Acosta, pues en materia de contratos mercantiles, considera Arrubla, debe identificarse una graduación normativa diferente que atienda a lo preceptuado en el Código de Comercio.¹⁶ De esta forma, la prelación se conformaría por: i) las disposiciones contractuales; ii) las normas generales de los contratos y obligaciones; iii) la analogía de la ley mercantil; iv) la costumbre mercantil; v) los tratados o convenciones internacionales no ratificados por Colombia; vi) la costumbre internacional; vii) los principios generales del derecho comercial; y viii) la analogía general.¹⁷ Ahora bien, acogiendo la prelación normativa que propone Arrubla Paucar, es preciso realizar algunas observaciones en relación con el tema que nos ocupa en la presente sección; advirtiendo que para efectos del objeto del presente texto, no serán abordados todos los elementos de la prelación normativa propuesta por el citado autor.

En primer lugar, especial atención merece el principio de la autonomía de la voluntad privada, el cual es principio general en materia contractual, y el fundamento de los contratos atípicos. Así, el artículo cuarto del Código de Comercio prescribe: “*Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles.*”; y en concordancia con lo anterior, el artículo 1602 del Código Civil establece: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

15 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 51.

16 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 37.

17 Esta misma prelación normativa es igualmente acogida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. En esta ocasión, la Corte manifiesta que debe tenerse en cuenta, en primer término, las cláusulas del contrato que han pactado las partes y que no sean contrarias al orden público. En un segundo momento, serán entonces aplicables las normas generales de los contratos y obligaciones, así como los usos y prácticas sociales, y en último momento, las normas del contrato típico con el que guarde relación.



El reconocimiento de este principio permite que sean los particulares quienes definan en un primer momento el contenido y alcance de sus relaciones jurídicas, siempre dentro del marco imperativo del orden público, las buenas costumbres y el interés general.¹⁸ Los efectos de este principio aplicados a la determinación del marco regulador del contrato de franquicia, implican que el franquiciante y el franquiciado gocen de una libertad reconocida legalmente para determinar a su arbitrio el contenido, las condiciones y el alcance de su relación jurídica.

Es preciso advertir que el principio de la autonomía de la voluntad privada está limitado por aquellas normas imperativas que son de obligatorio cumplimiento por los particulares, y que obedecen a principios superiores como el orden público y las buenas costumbres.¹⁹ En este sentido, las partes del contrato de franquicia, estarán obligadas a que el contrato contenga en un primer momento los elementos de existencia, validez y oponibilidad de los actos jurídicos para que el contrato se reputa como uno existente y produzca efectos jurídicos, y que se relacionan en el artículo 1502 del Código Civil.²⁰ Los doctrinantes Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, a partir de la crítica que hacen a dicha disposición legal, indican que los requisitos para la existencia de los actos jurídicos, sin los cuales “(...) *son nada frente al derecho.*” son los que se enumeran a continuación: “*la voluntad manifestada, el consentimiento, el objeto, y la forma solemne*”, siendo este último elemento uno excepcional cuando lo prescriba la ley para que los actos jurídicos se perfeccionen.²¹

Por otro lado, Ospina Fernández y Ospina Acosta, precisan que, a pesar de que un acto jurídico exista, este puede ser “*inválido por adolecer de un vicio que afecte su viabilidad y que lo condene a muerte*”, y para ello el acto debe cumplir además con unos requisitos de validez que son: “*la capacidad de los agentes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, la licitud del objeto, la realidad y la licitud de causa, y la plenitud de las formalidades prescritas por la ley.*”²²

18 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 11-15.

19 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 13.

20 “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1) que sea legalmente capaz. 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí mismo sin el ministerio o la autorización de otra.*”

21 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 83-84.

22 *Ibíd.*, p 84-85.



En este contexto, el contrato de franquicia, deberá estar sujeto de igual forma a los principios de oponibilidad y de eficacia de los negocios jurídicos. El primero, hace alusión al deber que tienen los terceros de respetar y no desconocer los negocios jurídicos celebrados por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. No obstante, de manera excepcional podrán desconocer e impugnar dichos negocios cuando se presente que el mismo no ha dado cumplimiento a las formalidades para la publicidad del negocio, cuando no se cumplen los requisitos de existencia y validez del negocio jurídico, o cuando cumpliendo los requisitos de existencia, validez y oponibilidad, dicho negocio jurídico lesiona los derechos ajenos.²³ En relación con la eficacia de los negocios jurídicos, concretamente los de carácter mercantil, el contrato de franquicia deberá someterse dicho régimen, pues el artículo 897 del Código de Comercio establece que *“cuando es este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

Adicionalmente, la ley comercial contiene una serie de disposiciones imperativas relacionadas con el contrato en general, dentro de las cuales se identifican principalmente: reglas relativas a los plazos (art. 829), cláusula penal (art. 867), y el régimen de ineficacia, nulidad, anulación e inoponibilidad de los negocios jurídicos (art. 897 a 904). De otro lado, el Código de Comercio colombiano prescribe otras disposiciones imperativas que pueden ser aplicables al contrato de franquicia, y que son principios generales del derecho mercantil²⁴ como: el abuso del derecho (art. 830) y la buena fe contractual (art. 871).

No obstante lo anterior, el ordenamiento jurídico propugna por mantener una sutil intervención en la conformación y ejecución de las relaciones jurídicas a través de disposiciones de carácter supletivo o dispositivas que son aplicables a las relaciones jurídicas ante la falta de estipulación de los particulares, o por remisión expresa de estos a la ley contractual, las cuales conforman un marco específico para la regulación de las relaciones jurídicas.²⁵

De esta forma, el Código de Comercio regula asuntos aplicables a la relación contractual que conforma el contrato de franquicia, las cuales constituyen normas generales del contrato mercantil como: el principio de consensualidad (art. 824) lugar de celebración del contrato

23 *Ibíd.*, p 388-389.

24 Es pertinente observar que, en virtud del artículo 822 del Código de Comercio, los principios del derecho civil en materia de contratos y obligaciones son igualmente aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles. Dichos principios están referidos principalmente a la formación del contrato, obligaciones de las partes y sus efectos, interpretación del contrato, y sobre la extinción, anulación o rescisión del contrato (ver artículos 1527 y siguientes).

25 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia, p. 14.



(art. 864), la posibilidad de solicitar la revisión del contrato ante circunstancias imprevistas (art. 868), acciones alternativas en caso de mora de alguna de las partes (art. 870), disposiciones relativas al pago de las prestaciones (art. 873 a 886), y la cesión del contrato (art. 887 a 896).

En el mismo sentido, el ordenamiento jurídico colombiano también contiene disposiciones normativas que bien pueden entrar a regular el contrato de franquicia en lo relacionado con cada ámbito específico que abarca este tipo de contrato a saber: el Estatuto Tributario, el régimen cambiario (Ley 9 de 1991), de protección a la competencia (Ley 155 de 1959), y el régimen de protección al consumidor (Ley 1480 de 2011).

Como ha podido observarse, el ordenamiento jurídico colombiano contiene disposiciones normativas generales aplicables los contratos, que son útiles para la identificación del marco regulador, tanto de la estructura del contrato de franquicia, como de los derechos y obligaciones que derivan de dicho contrato. Sin embargo, estas disposiciones, comunes a todos los contratos, no son suficientes para identificar claramente cuál es la normatividad propia que regula el contrato de franquicia, cuál es su estructura específica, y los derechos y obligaciones que surgen para el franquiciante y franquiciado. Por lo tanto, se hace pertinente el estudio de otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico colombiano que siguen criterios internacionales, las cuales pueden otorgar una mayor claridad en la identificación del marco regulador del contrato de franquicia.

Ahora bien, una vez consideradas las generalidades el marco normativo colombiano que puede entrar a regular el contrato de franquicia internacional con base en normas eminentemente nacionales, es pertinente ahora entrar a explorar cuáles normas pertenecientes al ordenamiento jurídico colombiano, que pueden de igual forma entrar a regular el contrato de franquicia internacional, siguen criterios internacionales.

1.2 Normas aplicables al contrato de franquicia internacional que siguen criterios internacionales

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encuentran normas aplicables a las relaciones jurídicas entre particulares que derivan de la ratificación de instrumentos internacionales (Tratados o Convenciones en adelante) relacionadas con aspectos generales tales como: los contratos, la propiedad intelectual y la inversión extranjera. Dichos instrumentos hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano, pero al mismo tiempo son producto de los esfuerzos de las organizaciones internacionales por unificar y armonizar el derecho internacional. En este sentido, dentro del ordenamiento jurídico colombiano se encontrarán disposiciones normativas que contienen estándares de regulación internacional.



Si bien no existe una regulación internacional uniforme aplicable al contrato de franquicia internacional, los diversos Tratados y Convenciones que han sido ratificados por Colombia son aplicables a este contrato en razón de que regulan temas esenciales aplicables a la franquicia internacional.

En primer lugar, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena en adelante) desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y ratificada en Colombia mediante la Ley 518 de 1999, regula los contratos de compraventa de mercaderías de quienes tengan establecimientos en Estados diferentes.²⁶ Su contenido regula temas como la formación del contrato, las obligaciones y derechos de las partes, acciones ante el incumplimiento de una de las partes, entre otros.²⁷ Debido a que la Convención de Viena regula el intercambio internacional de bienes, ésta no es en sí misma el único instrumento idóneo para regular todos los aspectos esenciales del contrato de franquicia internacional; esta sólo resulta aplicable al contrato cuando la franquicia internacional involucre el intercambio de bienes a título de compraventa, y que no se encuentren excluidos de la misma por el artículo segundo de la Convención.²⁸

Por otro lado, en materia de propiedad intelectual, asunto esencial para el contrato en estudio, dos tratados internacionales ratificados por Colombia son aplicables al contrato de franquicia internacional, a saber: i) Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, ratificado en Colombia mediante la Ley 178 de 1994, el cual regula temas relacionados con patentes, modelos de utilidad, marcas, nombres comerciales y la competencia desleal, y cuyas disposiciones más importantes son el principio de trato nacional justo y los derechos de prioridad otorgados a los miembros del Convenio; y ii) Tratado de Cooperación en materia de Patentes (Patent Cooperation Treaty), ratificado mediante la Ley 463 de 1998, que crea un sistema internacional para la protección de patentes que incluye, entre otros asuntos, la búsqueda internacional del estado del arte, el proceso de solicitud y otorgamiento de patentes internacionales, y el examen preliminar acerca de si la invención es novedosa, de aplicación industrial y no obvia.²⁹

26 Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, artículo 1.

27 *Ibíd.*, artículo 4.

28 Andrés Felipe Quiroga Olaya, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012, p. 11-12.

29 Otro instrumento internacional de importancia en el marco de la regulación de la propiedad intelectual es el Acuerdo de Niza relativo a la clasificación internacional de productos y servicios para el registro de



Si bien los Tratados descritos anteriormente son de gran importancia para la regulación de la propiedad intelectual que se transfiere con ocasión del contrato de franquicia internacional, estos sólo abarcan un elemento de este contrato y no se refieren al conjunto de derechos y obligaciones generales y primigenias que regulan la relación contractual entre el franquiciante y el franquiciado. Por lo tanto, su aplicabilidad resulta siendo también parcial y específica.

Finalmente, es pertinente hacer referencia a las disposiciones de la Comunidad Andina de Naciones (CAN en adelante) que son vinculantes para Colombia en virtud de su membresía derivada del Acuerdo de Cartagena, y que constituyen un sistema jurídico supranacional para el desarrollo e integración del mercado latinoamericano.³⁰ La CAN ha establecido regímenes comunes sobre el tratamiento de diversos temas, cuyas disposiciones no ingresan al ordenamiento interno colombiano a través de leyes de ratificación; por el contrario, son de aplicación directa y automática por tratarse de un derecho de integración.³¹

Si bien la CAN no regula de forma concreta el contrato de franquicia internacional, ha establecido un régimen común para los asuntos relacionados con la transferencia de tecnología, lo cual es relevante para el contrato de franquicia internacional en virtud de que su objeto involucra la transferencia de derechos de propiedad intelectual.³²

En este orden de ideas, especial atención merece la Decisión 291 de 1991 de la CAN, que regula el tratamiento de capitales extranjeros, marcas, patentes, licencias y regalías, y prescribe en su capítulo cuarto la importación de tecnología.³³ Al respecto, la antedicha decisión establece que los contratos que impliquen importación de tecnología, asistencia técnica, etc., deberán contener un mínimo de cláusulas que la misma disposición enumera en su artículo decimotercero: “a) *Identificación de las partes, con expresa consignación de su nacionalidad y domicilio; b) Identificación de las modalidades que revista la transferencia de la tecnología que se importa; c) Valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología; d) Determinación del plazo de vigencia.*”.

marcas, el cual establece un sistema de clasificación internacional de los bienes y servicios en diferentes clases para simplificar el sistema de registro de marcas a nivel internacional. Si bien Colombia no es parte de este Acuerdo, sí utiliza la Clasificación de Niza que deriva de dicho Acuerdo.

30 Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena). Artículo 54.

31 Luis Carlos Plata López, Donna Yepes Ceballos, “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Barranquilla, no. 31, 2009, p. 219.

32 Andrés Felipe Quiroga Olaya, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012, p. 16.

33 Luis Humberto Usartiz, “Estudio del desarrollo de la franquicia en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 28, núm. 28, abril de 2008, p. 67.



En el mismo sentido, el artículo decimocuarto limita el uso de ciertas cláusulas relacionadas con obligaciones impuestas al receptor de la tecnología de adquirir bienes de una fuente determinada, el uso de determinada materia prima o del personal señalado por quien provee la tecnología; la reserva del derecho del proveedor de la tecnología de fijar los precios de venta o reventa de los bienes elaborados con la tecnología transferida; restricciones en la producción; prohibición del uso de tecnologías competidoras; opción de compra en favor del proveedor de la tecnología; obligación del comprador de la tecnología de transferir al proveedor las mejoras obtenidas en dicha tecnología; obligación de pagar regalías a los titulares de patentes o marcas no utilizadas o vencidas; y demás cláusulas que tengan efectos similares. También prescribe la no admisión de cláusulas que prohíban o limiten la exportación de productos elaborados con base en la tecnología adquirida.

Finalmente, el artículo decimoquinto establece que *“las contribuciones tecnológicas intangibles, en la medida en que no constituyan aportes de capital, darán derecho al pago de regalías, de conformidad con la legislación de los Países Miembros”*, norma que es de común aplicación en los contratos de franquicia y licencia internacional.

En vista de lo anterior, la referida disposición de la CAN regula temas directamente relacionados con el contrato de franquicia internacional, pues el mismo es considerado en sí un contrato de transferencia de tecnología. Así las cosas, las disposiciones mencionadas anteriormente son aplicables al contrato de franquicia internacional en lo que respecta al marco regulador de la relación contractual, pues claramente este instrumento supranacional establece el mínimo de cláusulas que debe contener el contrato y limita el uso de otras. En consecuencia, la decisión 291 de la CAN requiere aplicación directa para la determinación del contenido de los derechos y obligaciones de las partes del contrato de franquicia internacional.

En síntesis, es posible observar que las disposiciones normativas que siguen estándares internacionales contienen un mayor grado de detalle en cuanto a la definición del marco regulador del contrato de franquicia, en el sentido de que las mismas establecen específicamente, cuáles disposiciones deben ser tenidas en cuenta por las partes del contrato en su relación jurídica, y cuáles cláusulas deben evitar pactar en el contrato de franquicia. No obstante, al lograr identificar este marco regulador, teniendo en cuenta no solo disposiciones normativas que siguen estándares internacionales sino también nacionales, se evidencia la necesidad de que los Estados, en el caso concreto Colombia, regulen detalladamente las condiciones generales que este contrato debe contener para así alcanzar un mayor grado de seguridad jurídica de la relación contractual, dada la rápida expansión y creciente promoción de este instrumento contractual como respaldo del desarrollo de relaciones comerciales



internacionales;³⁴ no resulta entonces suficiente identificar, a partir de normas generales y disposiciones de órganos internacionales, la estructura mínima del contrato de franquicia internacional y los derechos y obligaciones para las partes que derivan del mismo. En la actualidad, se considera necesaria una eventual intervención del poder legislativo, siquiera mínima, para así tener un marco regulador mínimo de este tipo de contrato.

En esta primera sección se ha explorado el marco regulador de la estructura y los derechos y obligaciones subyacentes al contrato de franquicia internacional, identificando las normas del ordenamiento jurídico colombiano que le son aplicables ante la ausencia de determinación del derecho aplicable al contrato por las partes del mismo, y partiendo del supuesto de que el derecho colombiano es aplicable a la relación contractual. En ese sentido, se identificaron normas colombianas que siguen criterios nacionales; y por otro lado se identificaron normas que, si bien hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano vía ratificación o en virtud del derecho comunitario latinoamericano, son de creación internacional y, por ende, siguen estándares internacionales para regular este tipo de contrato.

A continuación se abordará la práctica comercial que puede entrar a regular el contrato de franquicia internacional (2), siguiendo los mismos criterios utilizados en la sección anterior. Es decir, explorando en un primer momento la práctica comercial colombiana que puede entrar a definir el marco regulador del contrato de franquicia (2.1); y en un segundo momento, la práctica comercial internacional que a su vez puede establecer parámetros para identificar el marco regulador del contrato de franquicia internacional (2.2).

2. La práctica comercial como derecho aplicable al contrato de franquicia internacional

El derecho no sólo está conformado por normas positivas; una importante fuente de derecho comercial deriva de las prácticas comerciales de los negociantes, los usos del comercio internacional, los laudos de los tribunales arbitrales y demás instrumentos normativos que constituyen un derecho positivo diferente al derecho estatal. Este derecho es lo que se ha denominado como *lex mercatoria* o práctica comercial, que no está determinada por la intervención del poder legislativo de los Estados.³⁵

34 Sobre el particular, se destaca el auge que las franquicias han tenido en Colombia en los últimos 12 años, como se evidencia con *Subway*, *Pintacasa* y *Starbucks*, entre otros. Gabriel Forero Oliveros, “Franquicias de restaurantes y comercio, las de mejor auge en el mercado colombiano”, *La República* [en línea], edición nacional, Bogotá 28 de junio de 2014, disponible en: <http://www.larepublica.co/franquicias-de-restaurantes-y-comercio-las-de-mejor-auge-en-el-mercado-colombiano_138981>; “Starbucks completará 10 tiendas en el primer año en Colombia”, *Portafolio* [en línea], edición nacional, agosto 05 de 2015, disponible en: <<http://www.portafolio.co/negocios/empresas/starbucks-completara-10-tiendas-primer-año-colombia-35270>> consulta: 23 de septiembre de 2016.

35 *Ibíd.*



La importancia de esta fuente de derecho radica en que es un instrumento de regulación de las relaciones contractuales complementario al derecho legislado, por cuanto ofrece armonización y unificación de la forma como se desarrolla el comercio tanto en el ámbito nacional como internacional.³⁶ A su vez, la *lex mercatoria* permite reducir la incertidumbre y los conflictos que surgen en las relaciones contractuales, mediante la interpretación de los actos de las partes y la integración de asuntos como la estructura y los derechos y obligaciones derivadas del contrato de franquicia internacional. La *lex mercatoria* bien puede ser desarrollada y aplicada dentro de un Estado, o también puede ser conocida y aplicada por comerciantes de diferentes países. En este sentido, la práctica comercial colombiana y la práctica comercial internacional resultan aplicables al contrato de franquicia internacional en lo relacionado con los derechos y obligaciones del franquiciante y franquiciado que conforman dicha relación contractual. Así las cosas, es pertinente estudiar en detalle cómo ésta práctica comercial, tanto doméstica (2.1) como internacional (2.2) es aplicable a los contratos de franquicia internacional para suplir los vacíos normativos relacionados con la regulación del mismo.

2.1 Práctica comercial colombiana aplicable al contrato de franquicia internacional

Es posible identificar en un primer momento el reconocimiento que el ordenamiento jurídico colombiano hace a los usos y prácticas de los comerciantes, tal como lo prescribe el artículo 3° del Código de Comercio: “*la costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella*”. En igual sentido, el artículo 5° presenta a la costumbre mercantil como fuente auxiliar de interpretación de los actos y convenios mercantiles. Las anteriores disposiciones dan cuenta de la importancia de la costumbre como fuente de derecho en las relaciones comerciales, pues ostenta el mismo rango de autoridad que la ley derivada de un proceso legislativo. En este orden de ideas, podría afirmarse que la costumbre mercantil otorga una *tipicidad social* a los contratos que “*no están individualizados ni regulados en la ley civil o comercial pero se practican en forma reiterada por parte del conglomerado social y que, por lo tanto, en esos usos tienen una función identificable e incluso una regulación*”.³⁷

36 Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law Review*, Bogotá, Colombia, no. 21, julio 2012. p. 145-146.

37 Jaime Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002, p. 28.



Por lo tanto, la costumbre mercantil entra a jugar un papel importante en la identificación del marco regulador aplicable a la estructura del contrato de franquicia, y a los derechos y obligaciones que surgen con ocasión de la suscripción de este contrato.

Hasta la fecha, sólo se ha logrado identificar que la Cámara de Comercio de Bogotá ha recopilado en un listado electrónico la costumbre mercantil aplicable a los diferentes actos y negocios de naturaleza mercantil, concretamente el contrato de franquicia, que claramente aportan elementos relevantes para ser considerados como componentes del marco regulador de este contrato. De esta forma, la Cámara de comercio ha recopilado las siguientes prácticas comerciales dentro de la categoría *F- Contratos de riesgo compartido y franquicias*:

“(...) F.3. 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. F.4. 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. (...) F.7. El franquiciante puede ejercer auditoría permanente sobre el negocio franquiciado. En Bogotá D.C., es costumbre mercantil en el contrato de franquicia que el franquiciante realice auditoría permanente sobre el negocio del franquiciado para que este implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada. F.8. 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”.³⁸

Como se puede observar, la práctica comercial recopilada por la Cámara de Comercio de Bogotá ofrece un contenido más detallado con relación a los elementos que estructuran y regulan el contrato de franquicia, los cuales pueden considerarse esenciales a éste, frente a las disposiciones normativas analizadas en la sección (1.1) del presente texto, las cuales constituyen normas generales aplicables a todos los contratos.

Por otra parte, en el contexto de los contratos de franquicia, se encuentran los códigos deontológicos, los cuales son un instrumento desarrollado por las asociaciones de franquicia para autorregular la estructuración y desarrollo de las relaciones contractuales derivadas del

38 Cámara de Comercio de Bogotá, “Listado de costumbres mercantiles”, [en línea], disponible en: <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>, consulta: 26 de agosto de 2016.



contrato de franquicia. Con base en este propósito, estos códigos también son una fuente importante de derechos y obligaciones que en la práctica las partes pactan en sus contratos de franquicia. En el caso de Colombia, la Cámara Colombiana de Franquicias (Colfranquicias en adelante), constituida en 2012 con la finalidad de ser una canal de expansión de la franquicia como modelo de negocio, ha creado el *Código de ética para las franquicias en Colombia*, con el propósito de que el mismo constituya un “*código de buenas costumbres y de buena conducta de los usuarios de la Franquicia en Colombia*”.³⁹ En su preámbulo, hace referencia al origen del código, el cual resulta de la indagación y comparación de los diferentes códigos deontológicos que sobre la franquicia se han desarrollado en distintos Estados. El Código de ética para las franquicias en Colombia deriva, pues, de los principios contenidos en el *Código Deontológico de la Asociación Europea de Franquicias*, por considerarlo el más acorde con los postulados de Colfranquicias. Finalmente, Colfranquicias advierte, en el preámbulo del Código de ética, que la adhesión a la asociación implica el compromiso con el cumplimiento de las disposiciones que el Código de ética establece.

Así pues, en cuanto a los derechos y obligaciones entre franquiciante y franquiciado, el Código de ética, además de lo establecido con relación al concepto de franquicia, las principales obligaciones del franquiciante y franquiciado en relación con la franquicia como modelo de negocio y el deber de información que debe regir la relación precontractual, establece, en su consideración quinta,⁴⁰ las condiciones en las cuales el contrato de franquicia debe ser desarrollado en el territorio colombiano.

En primer término, advierte sobre el cumplimiento de la legislación colombiana vigente aplicable al contrato de franquicia, así como las disposiciones contenidas en el Código de ética. Luego, prescribe la obligación para el franquiciado de proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciado, así como el mantenimiento de la identidad y reputación del mismo. Finalmente, establece los aspectos esenciales mínimos que debe contener el contrato de franquicia, sin dejar de advertir que su contenido deberá estar libre de toda ambigüedad. Así pues, establece que el contrato de franquicia deberá contener, como mínimo:

“I) Los derechos otorgados al franquiciante; II) Los derechos concedidos al franquiciado; III) Los productos y/o servicios y/o tecnologías a suministrar al franquiciado; IV) Las obligaciones del franquiciante; V) Las obligaciones del franquiciado; VI) Los montos, conceptos y condiciones de pago por parte del franquiciado; VII) La duración, la

³⁹ *Código de ética para las franquicias en Colombia*, p. 1.

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 5 y ss.



cual debería ser lo suficientemente larga para permitir a los franquiciados amortizar sus inversiones iniciales específicas de la franquicia; VIII) La base para cualquier renovación del contrato; IX) En caso de preverse la posibilidad del franquiciado de ceder a terceros el negocio, el objeto de la franquicia, las condiciones bajo las cuales el franquiciado podrá hacerlo y los eventuales derechos de prioridad del franquiciante al respecto; X) Las disposiciones relacionadas con el derecho de uso del franquiciado sobre los signos distintivos, el nombre comercial, marca de productos o servicios, rótulos, logotipo u otros derechos de propiedad intelectual del franquiciante; XI) El derecho del franquiciante de adaptar el sistema de franquicia a métodos nuevos o modificados; XII) Las disposiciones relativas a la terminación del contrato; y XIII) Las disposiciones relativas a la inmediata entrega a la terminación del contrato de franquicia, de todo bien tangible o intangible que pertenezca al franquiciante o a otro titular del mismo”.⁴¹

Como puede observarse, el Código de ética logra recopilar los elementos esenciales que deben regir la relación contractual entre el franquiciante y franquiciado en el marco del contrato de franquicia. Éste Código de ética resulta aplicable en gran medida a los contratos de franquicia, pues como ya se advirtió, el ordenamiento jurídico le otorga a la costumbre mercantil y las regulaciones sociales la misma autoridad que a la ley proveniente de un proceso legislativo siempre que no se oponga a lo prescrito en ella. Otro elemento relevante que conforma la práctica comercial como regulación complementaria del contrato en estudio, está conformado por las decisiones de los tribunales arbitrales que, a partir de la solución de casos concretos, desarrollan criterios uniformes de interpretación de las disposiciones contractuales y normativas.

No obstante su relevancia como práctica comercial complementaria, hasta la fecha sólo de ha logrado identificar dos laudos arbitrales, cuyo contenido normativo puede ilustrar la importancia de esta fuente de derecho. En este orden de ideas, el Tribunal de arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., resolvió la controversia surgida entre el Parque Nacional de la Cultura Agropecuaria S.A. - Panaca S.A. y el Parque Agropecuario de la Sabana S.A.,⁴² originada por el incumplimiento de obligaciones contractuales relacionadas con la transferencia del *Know How* por parte del franquiciante, Panaca S.A., y del pago de las regalías a cargo del franquiciado, el Parque Agropecuario de la Sabana S.A. El tribunal procedió a analizar cada punto controvertido por las partes a la luz

41 *Código de ética para las franquicias en Colombia*, p. 6.

42 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., laudo arbitral *Panaca v. Sabana*, Bogotá D.C., Colombia, 12 de agosto de 2009.



de los principios “*de lo que mejor cuadre con la naturaleza del contrato*”, la “*buena fe*”, y “*la conservación de la empresa*”. Si bien en el marco de esta controversia el Tribunal no sometió a consideración elementos nuevos que pueden entrar a conformar el marco regulador del contrato de franquicia, el Tribunal analizó y reconoció la importancia del principio general de la *buena fe* contractual como componente del marco regulador del contrato de franquicia; en ese sentido, dicho principio fue valorado por el Tribunal como criterio de valoración de la conducta de las partes de cara a la controversia contractual. Este principio constituye la base para el reproche realizado por el Tribunal a ambas partes, por cuanto las mismas omitieron el deber de “*revisar los términos de su relación contractual y patrimonial, y proceder con los ajustes correspondientes de los términos del contrato (...) ambas partes debieron actuar con prudencia y con el propósito de conservar la ejecución del contrato sin llegar a la adopción de medidas extremas (de dar por terminado el contrato de franquicia con fundamento en el incumplimiento del pago de las regalías debidas por el franquiciado)*”.⁴³ El Tribunal decide no dar mérito a la pretensión de dar por terminado el contrato, por cuanto considera que ambas partes dificultaron el desarrollo de su relación contractual, y “*no adoptaron las medidas que ofrece el ordenamiento jurídico para asegurar o reestructurar el pago de las regalías por parte del franquiciado*”.⁴⁴

En virtud de lo anterior, es posible advertir la importancia otorgada al principio de la *buena fe*, pues en toda relación contractual, sea típica o atípica, se propugna por la “*la transparencia y la reciprocidad en las relaciones contractuales*”.⁴⁵

En un segundo laudo arbitral relevante para el objeto de estudio, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la ciudad de Medellín también delimita los alcances de la regulación del contrato de franquicia, haciendo alusión a las normas generales que rigen los contratos y las obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano. En ese sentido, a partir de la controversia surgida entre Alba Lucía Ballesteros y Diego León Gil contra Lavacars Móvil S.A.S. ante el incumplimiento de los plazos determinados en los contratos de franquicia suscritos por las partes, el Tribunal de arbitramento desarrolla sus consideraciones jurídicas teniendo en cuenta “*las normas generales en materia de obligaciones y contratos establecidas en*

43 Ibid.

44 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., laudo arbitral *Panaca v. Sabana*, Bogotá D.C., Colombia, 12 de agosto de 2009.

45 Lina María Loaiza, *Panorama del contrato de franquicia en Colombia: entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la norma técnica* (proyecto de grado), Universidad Icesi, Santiago de Cali, 2012, p. 30.



el *Código de Comercio* y en el *Código Civil*".⁴⁶ En igual sentido, el Tribunal se apoya en las normas para la interpretación de los contratos contenidas en el *Código Civil*, concretamente los criterios referidos a la *prevalencia de la intención* y la *interpretación sistemática por comparación y por aplicación práctica* para luego concluir que las cláusulas contractuales pactadas por las partes, y redactadas por el franquiciante, son contrarias a realidad de como el contrato fue ejecutado, y por ende, van en contravía del principio de la *buena fe*:

*"de acuerdo con la Ley los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en ese sentido encuentra el Tribunal que la parte convocada (Lavacars Móvil S.A.S), sin entrar a calificar su actuación, de un lado celebró unos contratos de franquicia con unas cláusulas contractuales, redactadas por ella, contentivas de unas obligaciones para la parte convocante cuyo cumplimiento era imposible y que contradecían la realidad, en el sentido de que el control de los puntos de venta autorizados los tenía ella -la demandada-, en razón o como consecuencia de los contratos de concesión de espacios (...), y de otro lado a sabiendas de la prohibición expresa de cesión que tenía en dichos contratos de concesión de espacio."*⁴⁷

Una vez más se evidencia el reconocimiento que el Tribunal arbitral hace sobre la importancia del principio de la *buena fe* como componente regulador de la relación contractual entre franquiciante y franquiciado, así como la utilidad de las normas generales sobre contratos y obligaciones aplicables al contrato de franquicia.

En consecuencia, es posible observar, a partir de los ejemplos presentados, que no obstante el contrato de franquicia carece de tipicidad, pues no contiene un marco regulador general que detalle su estructura y los derechos y obligaciones del mismo, los árbitros tienden a dar aplicación de principios generales de interpretación como lo es la *buena fe contractual*, como criterio para resolver las controversias que en el contexto de este contrato se presenten. De esta forma, dicho principio constituye una guía para el desarrollo de la práctica comercial colombiana aplicable al contrato de franquicia.

Ahora bien, una vez considerada la importancia de la práctica comercial colombiana como elemento que puede entrar a regular el contrato de franquicia, es pertinente ahora el estudio de la práctica comercial internacional que puede resultar aplicable al contrato de franquicia internacional.

46 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, laudo arbitral *Alba Lucía Ballesteros y otro v. Lavacars Móvil S.A.S*, Medellín, Antioquia, Colombia, 08 de mayo de 2015.

47 *Ibíd.*



2.2 Práctica comercial internacional aplicable al contrato de franquicia internacional

La *lex mercatoria* internacional está conformada por diferentes instrumentos jurídicos, como las normas denominadas *soft law*, las cuales, en materia comercial son principalmente disposiciones que provienen de las diferentes organizaciones internacionales dedicadas a la producción normativa de instrumentos de autorregulación y que derivan su fuerza vinculante de la autonomía de las partes que las incorporan dentro del contrato, o de los Estados que las hacen parte de su legislación interna.⁴⁸ Estas normas también permiten a los Estados y particulares modificar sus disposiciones con el fin de atender las particularidades de cada caso, y así suplir los vacíos legales que presentan las diferentes regulaciones internacionales que componen el *hard law*, todo con la finalidad de promover y lograr de alguna manera la unificación del derecho comercial internacional.

De igual forma, los laudos de los tribunales internacionales de arbitraje permiten identificar cuáles aspectos merecen atención en cuanto a la regulación de los derechos y obligaciones de las partes, en el marco de la resolución de los conflictos que surgen con ocasión de la celebración de contratos internacionales.⁴⁹

Con relación al contrato de franquicia internacional, diversos instrumentos de *soft law* han sido desarrollados por las organizaciones internacionales. Principalmente, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) ha desarrollado diversos instrumentos directamente vinculados con el contrato de franquicia internacional, a saber: i) Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional de 1998; ii) Ley Modelo sobre Divulgación de Información en Materia de Franquicia de 2002; y iii) los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

La Ley Modelo sobre Divulgación de Información en Materia de Franquicia (Ley Modelo en adelante) tiene como objetivo ser un instrumento dirigido a los legisladores de los Estados para que éstos incluyan en sus legislaciones los asuntos relativos a la información sustancial relacionada con la franquicia que los contratantes deben conocer previo a la celebración del contrato, creando así seguridad y certeza a la futura relación jurídica.⁵⁰

48 Jorge Oviedo Albán, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law Review*, Bogotá, Colombia, no. 21, julio 2012. p. 147-148.

49 Es preciso resaltar la importancia que el ordenamiento jurídico colombiano otorga a la práctica comercial complementaria, según lo establece el Código de Comercio en su artículo 7°: “Los tratados o convenciones internacionales de comercio no ratificados por Colombia, la costumbre mercantil internacional que reúna las condiciones del artículo 3o., así como los principios generales del derecho comercial, podrán aplicarse a las cuestiones mercantiles que no puedan resolverse conforme a las reglas precedentes.”

50 *Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia*, 2004, p. 16.



Si bien este instrumento de Derecho Internacional está dirigido a los legisladores y se centra sólo en la fase precontractual del contrato de franquicia,⁵¹ es posible encontrar en la Ley Modelo elementos que permiten ilustrar aquellos aspectos fundamentales que conforman el marco regulador del contrato de franquicia internacional y los derechos y obligaciones de las partes. En este orden de ideas, el artículo sexto de la Ley Modelo “*exige la revelación de la información que se inserta normalmente en el contrato propiamente dicho porque tienen, en la mayoría de los casos, una importancia particular para la relación entre las partes. La razón por la cual se enumera en este artículo, a pesar de que normalmente se contiene en el propio contrato, es que no siempre se trata satisfactoriamente en el mismo*”.⁵² Debido a esto, la Ley Modelo exige incluir en el documento de información, salvo que ya esté suficientemente precisada en el contrato, aspectos relativos a: i) Duración y condiciones de renovación; ii) Programas de formación inicial y continua, con especificación de su duración, intensidad horaria, periodicidad de los mismos, costo y el carácter obligatorio de la formación; iii) El alcance de los derechos de exclusividad concedidos al franquiciado, incluyendo la reserva que puede hacer el franquiciador respecto a la posibilidad de licenciar el uso de las marcas cubiertas por la franquicia, o vender y distribuir los bienes objeto de la franquicia a través del mismo o de otro canal de distribución en el territorio o el mercado asignado al franquiciado; iv) Las limitaciones que tienen los derechos de exclusividad otorgados, en relación con el territorio y los clientes con los que operará el franquiciado, así como los bienes y/o servicios que tiene derecho a vender; v) Las condiciones frente a las cuales tanto el franquiciador como el franquiciado pueden dar por terminado el contrato de franquicia y los efectos de tal rescisión en lo que respecta a los derechos de cada una de las partes; vi) La obligación de no competencia durante la vigencia del contrato y durante un tiempo posterior a su terminación; vii) El canon que debe pagar el franquiciado para ingresar a la franquicia, así como si este es reembolsable en una parte y cómo se realizará el mismo; viii) Los pagos adicionales que debe el franquiciado al franquiciador, y su incremento para compensar las retenciones de impuestos; ix) Las condiciones relativas a la cesión u otra forma de transferencia de la franquicia a terceros; y x) La elección del foro y la ley aplicable al contrato, así como el procedimiento para la resolución de controversias entre las partes.

Este conjunto de información puede ser tenido como criterio ilustrativo de cuáles derechos y obligaciones deberían conformar el marco regulador de la relación contractual entre franquiciante y franquiciado ante la ausencia de un derecho aplicable al contrato o de la ineficiencia del mismo, Si bien a la fecha no se ha encontrado indicios de su implementación

51 *Ibíd.*, p. 25.

52 *Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia*, 2004, p. 43.



por los Estados, debido al detalle con el cual regula los componentes esenciales que el contrato de franquicia internacional debe contener, esta Ley Modelo es considerada por la doctrina como un instrumento que debe ser tenido en cuenta y aplicado por los Estados para lograr, no sólo mayor seguridad jurídica en la regulación de la relación contractual de la franquicia internacional, sino también un mayor grado de unificación del derecho comercial internacional.⁵³

Por otro lado, la Guía para los Acuerdos Principales de Franquicia Internacional de 1998 es un instrumento de gran importancia desarrollado por Unidroit, pero debido a que propone una regulación uniforme para los acuerdos de franquicia principal y sub-franquicia, no será analizado en este artículo, ya que dicha guía apunta a fenómenos que no son en sentido estricto objeto del presente estudio, aquellos en los cuales *“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, como lo podría ser un país y/o a abrir por sí establecimientos de franquicia”*.⁵⁴ Sin embargo, dicha guía es una muestra de práctica comercial internacional que demuestra la variedad de posibilidades de negociación que se derivan del contrato de franquicia.

Finalmente, Los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010 (Principios Unidroit) contienen reglas generales que son aplicables a los contratos internacionales incluso cuando las partes no han elegido el derecho aplicable al contrato. El propósito de este instrumento es servir de mecanismo para interpretar o complementar el derecho nacional en lo relativo a los contratos internacionales.⁵⁵ En este orden de ideas, los Principios Unidroit contienen once capítulos en donde se regulan aspectos contractuales fundamentales tales como: la autonomía de la voluntad de las partes, interpretación de los Principios Unidroit, el principio de buena fe y lealtad negocial, notificaciones y plazo, trato entre las partes y las conductas que les son vinculantes; la formación del contrato mediante oferta y aceptación de la misma, y reglas sobre la representación; la validez del contrato, los vicios del consentimiento, cuyas disposiciones son imperativas, las causales de anulación del contrato y sus efectos, y la ilicitud del contrato por violación de normas de carácter imperativo; interpretación del contrato; contenido de las obligaciones contractuales, las estipulaciones a favor de terceros

53 Como ejemplo de ello, Andrés Felipe Quiroga Olaya resalta en su texto “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina” la relevancia de este instrumento de derecho internacional por su detallado contenido con relación al contrato de franquicia.

54 *Guía UNIDROIT de franquicia*, 2005, p. 2, consulta: 22 de marzo de 2016.

55 Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010, consulta: 28 de marzo de 2016.



y las obligaciones condicionales; cumplimiento del contrato y la excesiva onerosidad; incumplimiento del contrato, el derecho a reclamar el cumplimiento, y la resolución del contrato por incumplimiento y su resarcimiento; compensación de obligaciones dinerarias; cesión de créditos, transferencia de obligaciones y cesión del contrato; prescripción de los derechos establecidos en los Principio Unidroit; y pluralidad de deudores y de acreedores.

Como puede observarse, los Principios Unidroit regulan los aspectos más relevantes que subyacen a la relación contractual comercial, y por su naturaleza de *lex mercatoria* se constituyen en criterios internacionales con el propósito de promover una regulación uniforme internacional para estos contratos. Dado que el contrato de franquicia internacional es precisamente un contrato internacional, le son aplicables los Principios Unidroit, conforme a lo establecido en el preámbulo de dicho documento, así las partes no hayan elegido el derecho aplicable al contrato. Estos principios bien pueden conformar el marco regulador del contrato de franquicia internacional, en lo que respecta a las obligaciones de las partes que no tengan que ver con la transferencia de propiedad intelectual y *know-how*.

Adicionalmente, dentro de las disposiciones internacionales de *soft law* también se encuentran instrumentos como los “*códigos de conducta*”, un instrumento de autorregulación que, en el caso de las franquicias, son desarrollados por diferentes asociaciones alrededor del mundo para regular de mejor manera la forma en que las relaciones de franquicia son establecidas, estructuradas, implementadas y terminadas.⁵⁶ Los códigos de ética tiene como propósito: presentar ideales sobre lo que se considera correcto o incorrecto, educar mediante comentarios e interpretaciones para resolver dilemas éticos, y regular la conducta mediante sanciones. Este último propósito es buscado por los códigos de conducta ante la ineficacia de las leyes en materia de regulación y de la mayor velocidad de los negocios sobre la legislación.⁵⁷

Las disposiciones de éstos códigos, en materia de franquicia internacional, generalmente contienen temas relacionadas con principios éticos como la buena fe y lealtad entre las partes; la veracidad de la información revelada; notificaciones y debido proceso en caso de conflictos entre las partes o incumplimiento contractual. Otros temas tienen que ver con la integridad y reputación del concepto de franquicia o su sistema y el cumplimiento de las leyes aplicables a la franquicia internacional; prohibición de publicidad engañosa; mantenimiento de una efectiva comunicación entre las partes; otorgamiento de productos y servicios de

56 John F. Preble and Richard C. Hoffman, “*The nature of ethic codes in Franchise Associations around the globe*” en *Journal of Business Ethics*, vol. 18, núm. 3, febrero 1999. p. 240, consulta: 03 de junio de 2016.

57 *Ibíd.* p. 240-241.



calidad; no divulgación de secretos comerciales propiedad de la otra parte; no discriminación; y salvaguarda del interés público.⁵⁸

Como puede observarse, estos temas, más que constituir un suplemento ante los vacíos legales, lo que hacen es reforzar normas existentes y aplicables al contrato de franquicia internacional. Si bien las disposiciones contenidas en los códigos de conducta constituyen autorregulación, los mismos contienen disposiciones para inducir a su cumplimiento, en el sentido de condicionar la membresía a estas asociaciones al cumplimiento de sus códigos de conducta, y así garantizar el alcance de sus propósitos.⁵⁹

En consecuencia, los códigos de ética constituyen una práctica comercial que complementa la regulación del contrato de franquicia. Las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden suscribir un contrato de franquicia internacional con base en las disposiciones que las diferentes asociaciones de franquicias han elaborado, y así, lograr un marco contractual completo y seguro.

Finalmente, en cuanto a los laudos de tribunales arbitrales internacionales que resuelvan controversias relacionadas con el contrato de franquicia internacional, es preciso advertir que la reserva de la información dificulta la labor investigativa y, por lo tanto, el análisis de la práctica comercial derivado de este tipo de fuente del derecho en materia de franquicia internacional debe basarse, bien sea en fuentes secundarias, o en analogía con los principios utilizados en procedimientos arbitrales de derecho comparado. Un ejemplo final en este sentido puede señalarse en el caso *Dyno Rod v Reeve*, y en el caso *Chipsaway v Kerr.*, llevados a cabo en los años 1998 y 2008, respectivamente, en los Estados Unidos. Ambos casos presentan elementos relevantes sobre práctica comercial con relación al tema de cláusulas restrictivas. En ambos casos, se resuelven controversias relacionadas con el incumplimiento de cláusulas de no competencia posterior a la terminación del contrato de franquicia. Con relación a esto, los órganos jurisdiccionales manifestaron que el propósito de éstas cláusulas restrictivas es permitir al franquiciante encontrar, durante el término que dure la restricción de competencia, un nuevo franquiciado en el territorio. Se argumentó que el principio de *buena fe* rige la relación contractual entre el franquiciante y franquiciado, pero que al terminar dicho contrato, los intereses del franquiciante y su *buena fe* se ven expuestos ante el antiguo franquiciado, y por ende, adquiere una posición vulnerable. La relevancia de estos casos para la práctica comercial con relación al contrato de franquicia, es que

58 John F. Preble and Richard C. Hoffman, “The nature of ethic codes in Franchise Associations around the globe” en *Journal of Business Ethics*, vol. 18, núm. 3, febrero 1999. p. 248, consulta: 03 de junio de 2016.

59 Ibid. p. 249.



las cláusulas restrictivas, siempre que sean proporcionales, son permitidas en el contrato con el propósito de restringir la competencia que puede el franquiciado ejercer luego de la terminación del contrato, para así el franquiciante retomar los negocios con un nuevo franquiciado.⁶⁰ Otros casos de derecho comparado consultados hacen evidente la utilización de prácticas y principios como los señalados en las secciones anteriores.

Conclusiones

Luego de explorar y describir cuáles normas colombianas pueden entrar a regular el contrato de franquicia internacional con base en criterios legislativos nacionales e internacionales, así como la práctica comercial complementaria, tanto nacional como internacional que pueda ser útil a la regulación del contrato de franquicia internacional, es posible llegar a concluir el presente texto haciendo las siguientes apreciaciones.

A partir del estudio realizado, se logró explorar e identificar elementos específicos que pueden ser útiles para la determinación del marco general que regula el contrato de franquicia internacional, dada su importancia como alternativa comercial para la incursión en nuevos mercados a partir de la explotación de un sistema de negocio consolidado, lo cual conlleva el crecimiento de las empresas y, por ende, de la economía a través de la expansión del mercado y la inversión extranjera; y considerando el hecho de que este es un contrato atípico tanto en el ordenamiento jurídico colombiano como a nivel internacional.

En virtud de la exploración académica llevada a cabo, es posible concluir que, no obstante la existencia de un buen sistema normativo colombiano que puede entrar a regular el contrato de franquicia internacional, mediante normas que siguen estándares tanto nacionales como internacionales, la práctica comercial complementaria, tanto nacional como internacional, es así misma una importante fuente de derecho que ofrece suficientes elementos para determinar el contenido de la relación contractual de la franquicia internacional.

En este contexto, y considerando especialmente relevante la normatividad colombiana con estándares internacionales, en un primer momento merece especial atención la Decisión 291 de 1991 de la Comunidad Andina de Naciones, que claramente identifica cuál debe

60 Alex Dan, *Chipsaway judgment overturned on appeal: Chipsaway International Ltd v Errol Kerr (2008)* [en línea], 29 de abril de 2009, disponible en: < http://www.eversheds.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Franchising_and_distribution_arrangements/Chipsaway_29april09> consulta: 23 de septiembre de 2016.

Alexander Goold, *Can a franchisor still prevent its ex-franchisees from competing?* [en línea], 20 de diciembre de 2006, disponible en: < <http://www.hardwicke.co.uk/insights/archive/articles/commercial-can-a-franchisor-still-prevent-its-ex-franchisees-from-competing>> consulta: 23 de septiembre de 2016.



ser el contenido del contrato de franquicia internacional (como contrato de transferencia de tecnología), al indicar cuáles cláusulas mínimas debe contener el contrato de franquicia internacional, y cuáles cláusulas deben limitarse o incluso proscribirse en el marco de este tipo de contratos. Por su parte, los tratados y convenciones internacionales también prestan un buen punto de apoyo para la identificación de cláusulas y disposiciones que pueden entrar a regular el contrato de franquicia internacional en temas específicos, tales como la protección de la propiedad intelectual y la compraventa internacional de mercaderías.

Ahora bien, también es posible concluir la relevancia de la práctica comercial complementaria como componente regulador aplicable al contrato de franquicia internacional, pues permite, no sólo complementar las disposiciones normativas existentes de manera dispersa en el ordenamiento jurídico, sino también proveer mayor seguridad a la relación contractual, pues el derecho positivo no siempre es suficiente para los operadores jurídicos en su labor de identificar el marco regulador del contrato de franquicia internacional.

Es considerable la labor de la Cámara de Comercio de Bogotá en cuanto a la identificación de aquellos usos y prácticas comerciales que realizan los comerciantes colombianos en el marco del contrato de franquicia. Así mismo, el Código de ética elaborado por Colfranquicias es un instrumento de gran utilidad, pues recopilar los elementos esenciales que deben regir la relación contractual entre el franquiciante y franquiciado en el marco del contrato de franquicia. Por último, los laudos arbitrales estudiados permiten comprender cómo es delimitado el contrato de franquicia, y las obligaciones de las partes, a partir de la preeminencia otorgada al principio de la buena fe contractual, así como a las disposiciones generales en material contractual.

Ahora bien, la práctica internacional complementaria ofrece una amplia y completa regulación del contrato de franquicia internacional, como se indicó en la sección respectiva, los instrumentos de Unidroit y los diferentes códigos de ética elaborados por las asociaciones de franquicias, establecen en forma directa y minuciosa los componentes reguladores del contrato de franquicia internacional. En este sentido, especial atención debe prestarse a las disposiciones de la Ley Modelo sobre Divulgación de Información en Materia de Franquicia de 2002; y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de 2010.

No obstante lo anterior, queda aún por resolver cuál es el aporte sustancial que las decisiones arbitrales internacionales pueden realizar con miras a la identificación del marco regulador del contrato de franquicia internacional, dado que este tipo de fuentes no logran aportar información suficiente para el desarrollo del tema en cuestión.



Sin duda es posible identificar la importancia de la práctica comercial a la legislación como un instrumento que puede aportar mayores criterios normativos para la regulación del contrato de franquicia internacional, así como la mayor estructuración de este tipo de contrato con base en las fuentes de derecho internacional.

Bibliografía

Arrubla Paucar, Jaime, *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*, 4ta edición, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín – Colombia, 2002.

Cámara de Comercio de Bogotá, “*Listado de costumbres mercantiles*”, [en línea], disponible en: <http://www.ccb.org.co/Inscripciones-y-renovaciones/Matricula-Mercantil/Todo-sobre-la-Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Medellín, laudo arbitral Alba Lucía Ballesteros y otro v. Lavacars Móvil S.A.S, Medellín, Antioquia, Colombia.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., laudo arbitral Panaca v. Sabana, Bogotá D.C., Colombia, 12 de agosto de 2009.

Colfranquicias, *Código de ética para las franquicias en Colombia*.

Comunidad Andina de Naciones, *Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)*, 1969.

Congreso de la República de Colombia, Ley 57 de 1887 por medio del cual se expide el Código Civil colombiano.

Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 de 1971 por el cual se expide el Código de Comercio colombiano.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de octubre de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Esplugues Mota, Carlos et al, “Otros contratos”, en *Derecho comercial internacional*, 2° edición, España, Tirant Lo Blanch, 2006.

----- *Guía UNIDROIT de franquicia*, 2005.

Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, 3° edición, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

de Miguel Asnesio, Pedro A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, segunda edición, Civitas, 2000, Madrid, España.

----- *Ley Modelo UNIDROIT sobre la información – franquicia*.



- Loaiza, Lina María, *Panorama del contrato de franquicia en Colombia: entre las estipulaciones contractuales, el código de ética y la norma técnica* (Tesis de grado), Universidad Icesi, Santiago de Cali, 2012.
- Londoño Álvarez, Miguel Fernando, “El contrato de franquicia internacional en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 26, núm. 26, 2005.
- Plata López, Luis Carlos y Yepes Ceballos, Donna, “Naturaleza jurídica de las normas comunitarias andinas”, en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Barranquilla, no. 31, 2009.
- Preble, John F. and Hoffman, Richard C., “The nature of ethic codes in Franchise Associations around the globe” en *Journal of Business Ethics*, vol. 18, núm. 3, febrero 1999.
- Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010.
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, séptima edición, Ed. Temis, 2015, Bogotá, Colombia.
- Oviedo Albán, Jorge, “La ley aplicable a los contratos internacionales”, en *International Law Review*, Bogotá, Colombia, no. 21, julio 2012.
- Quiroga Olaya, Andrés Felipe, “Contrato de franquicia: propuesta de regulación en la Comunidad Andina”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, Colombia, núm. 48, julio-diciembre de 2012.
- Subgerencia Cultural del Banco de la República, *Globalización* (2015), [en línea], disponible en: <http://www.banrepultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/comunicacion/libro>
- Ustariz, Luis Humberto, “Estudio del desarrollo de la franquicia en Colombia”, en *Foro del Jurista*, Medellín, Colombia, vol. 28, núm, 28, abril de 2008.