

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 25

DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA FRANQUICIA Y LA CONCESIÓN COMERCIAL COMO FIGURAS CONTRACTUALES ATÍPICAS EN COLOMBIA

ANGÉLICA MARÍA COLORADO LONDOÑO

E-mail: icacolorado@hotmail.com

LUZ OMAIRA CÓRDOBA AGUDELO

E-mail: luzmacordobaa@gmail.com

MANUELA LÓPEZ VELÁSQUEZ

E-mail: manulove8906@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado

2016

Resumen: En el presente artículo se establecen las diferencias y similitudes entre la franquicia y la concesión comercial como figuras contractuales atípicas en Colombia; para lograr dicho propósito, se parte de la caracterización, desde la legislación y la doctrina, de las características de la figura del contrato de franquicia; además, se delimitan los fundamentos y elementos que configuran el contrato de concesión comercial; y finalmente, se analizan las normas aplicables a los contratos de franquicia y concesión comercial en Colombia en materia de propiedad intelectual. Así, al realizarse este trabajo de investigación, se pueden encontrar elementos de gran valía para el Derecho dado que la apropiación y conocimiento del marco legal regulador, de los mecanismos de control, de las características, ventajas y desventajas de los contratos atípicos fortalece los conocimientos adquiridos durante la formación profesional.

Palabras claves: *Contrato atípico, Franquicia, Concesión comercial, Contrato comercial, Patente, Derechos de autor.*

Abstract: The differences and similarities between the franchise and the commercial concession as atypical contractual arrangements in Colombia are set out in this article; to achieve this purpose, it is part of the characterization, from legislation and doctrine, the characteristics of the figure of the franchise agreement; also the foundations and elements that make up the dealership agreement are delimited; and finally, the rules applicable to franchise agreements and commercial concession in Colombia on intellectual property are analyzed. Thus, in this research done, you can find elements of great value to the law since ownership and knowledge of the regulatory legal framework, control mechanisms, characteristics, advantages and disadvantages of atypical contracts strengthens the knowledge acquired during training.

Keywords: *atypical contract, franchising, commercial concession, commercial contract, Patent, Copyright.*

1. INTRODUCCIÓN

Cada vez más, los expertos en políticas públicas y administración de empresas están prestando especial atención a la

conformación y desarrollo de estas alianzas como herramienta fundamental para el desarrollo particular de un sector o empresa y el beneficio general de la sociedad y de un ámbito de la economía.

Es por ello que hoy en día las empresas colombianas han logrado ser reconocidas y buscan cada día mejorar su competitividad y su posicionamiento en el mercado nacional e internacional, recurriendo algunas de ellas a modalidades contractuales como la concesión comercial y la franquicia. Estas tipologías societarias les permiten a las empresas e inversionistas expandirse y alcanzar nuevas expectativas de negocios, ya que en la gran mayoría de los casos, este tipo de organizaciones no cuenta con el capital, los recursos y el personal necesario para implementar estrategias de expansión; por tanto, las concesiones y las franquicias se convierten en los instrumentos necesarios e indispensables para darle una nueva perspectiva a cualquier empresa.

Desde una óptica normativa, tanto el contrato de franquicia como el de concesión comercial no se encuentran tácitamente estipulados en la legislación colombiana, lo cual lleva a su clasificación como contratos atípicos, los cuales merecen especial atención desde una perspectiva no sólo jurídica, sino también doctrinal; sin embargo, más allá de

llevar a cabo una aproximación tácita a la noción de franquicia y concesión comercial como figuras contractuales atípicas, conviene en este estudio abordar ambas figuras desde una óptica comparativa y diferencial, ya que existe cierta tendencia a que se confundan ambos tipos contractuales debido a sus similitudes.

Otro asunto a tener en cuenta, y que justifica el desarrollo del presente trabajo, es que como son contratos atípicos, tienen algunos riesgos (que son de menester estudio), en la medida en que intervienen en él dos o más personas o empresas, las cuales pueden ser de un mismo país o de diferentes países, quienes buscan que su propiedad sea protegida por la legislación nacional, en la cual se respete la autonomía de la voluntad de las partes del contrato, para que se mantenga vigente el principio que se consagra en el artículo 1602 del Código Civil Colombiano: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Se justifica para la disciplina en cuanto contratos como el de la franquicia y la concesión comercial están cobrando mucha fuerza dentro del ámbito comercial y financiero y tener un conocimiento mayor de estos podría ayudar al surgimiento de nuevos controles o por lo menos la idea de que se quiera regular todo acerca de él.

Las organizaciones se beneficiarían de este trabajo, en la medida en que se les permita despejar las dudas que surgen en cuanto a la legislación sobre la vigilancia y control de él y buscar la manera de que el contrato se regule de manera específica en la ley debido a que sus intereses económicos están en juego.

2. LA FIGURA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

2.1. CONCEPTO DE FRANQUICIA

En la doctrina se puede encontrar una gran variedad de definiciones del sistema de franquicias, casi tantas como autores sobre el tema, pero en términos generales se dice que “cuando una empresa permite a un inversor

usar su nombre, su imagen corporativa completa, transmite la operatividad de su modelo de negocio y le de soporte permanente para obtener ingresos, existe una franquicia” (Orozco, 2006, p. 69).

Desde una perspectiva legal, la franquicia hace referencia a un

convenio en virtud del cual el titular de una empresa que ha desarrollado un establecimiento de comercio dotado de identidad suficiente para distinguirse de todos los demás competidores, otorga una licencia, limitada en el tiempo y el espacio, para que otro comerciante bajo su propio riesgo, replique dicho establecimiento para explotar el mismo ramo de negocios del establecimiento de franquiciante, a cambio de una retribución económica libremente convenida por ambas partes” (Ortega, 2005, p. 162).

Según De Nora y Rivero (2010), la mayoría de los Negocios y/o Empresas pueden administrarse en forma descentralizada, distribuyendo responsabilidades y controlando de manera coordinada ciertos aspectos claves, tales como el método de producción, de envasado, de servicio al cliente, la marca u otros.

Para quien es propietario de una empresa con esas características, será relativamente

fácil su ampliación. Para un empresario cuyo negocio funcione bien y cuya intención sea hacerle crecer, la franquicia puede ser una forma de expansión rápida, rentable y de menor esfuerzo, comparada con otras opciones (De Nora y Rivero, 2010, p. 25).

Este tipo de "Proyecto de Expansión", se rige por un contrato de franquicia, mediante el cual una empresa (franquiciador) transmite a un empresario (franquiciado) su forma de trabajar, incluyendo tecnología, imagen, logos, productos, formación profesional, apoyo continuado, a cambio de una cantidad de dinero, que varía según la compañía que ofrezca la franquicia.

Ambos aliados, aceptan un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías, basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e independientes. El Franquiciador otorga a sus franquiciados ciertos derechos, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del Franquiciador.

Como lo indica el libro, la Franquicia en Colombia, haciendo referencia a varios autores, según Vaughn (1974), la franquicia

es un tipo de sistema de mercadeo o de distribución en el cual una compañía matriz otorga, generalmente a un individuo o a una compañía relativamente pequeña, el derecho o privilegio de hacer negocios de una manera definida previamente, en un tiempo y en un espacio determinado; Kursh (1962), por su parte, considera que “una franquicia es un contrato para distribuir o vender productos y servicios en una zona geográfica determinada. El establecimiento franquiciado pertenece a un empresario independiente que lo maneja como parte de una cadena local, regional o nacional” (Pierre y Rebolledo, 2003, p. 20).

Caves y Murphy (1979) ven la franquicia de la siguiente manera:

Como una organización en la cual el propietario de una marca de comercio protegida da a otra persona el derecho de explotar esta marca para la producción o la distribución de un producto servicio. La característica distintiva del contrato de franquicia, con respecto a contratos similares de otorgamiento de derechos de explotación, es la pérdida de la identidad comercial del franquiciado y su aceptación de hacerse asimilar a su franquiciador (p. 572).

Existen diversas ventajas para franquiciar un negocio; en primer lugar, permite expandir el negocio sin tener que incurrir en grandes desembolsos de capital; así mismo, la responsabilidad de la dirección del nuevo negocio es asumida por el franquiciado, lo cual otorga un mayor grado de libertad al franquiciador, ya que le permite dedicarse a su propio negocio; por su parte, el franquiciado es el primer interesado en que el negocio funcione, ya que su propio capital está en juego. La motivación del franquiciado no es comparable a los de un empleado, lo cual se traduce en mayores beneficios para el franquiciador; la inversión en publicidad, por parte del franquiciado y del franquiciador, cada cual en sus respectivos ámbitos, les reporta más beneficios de los que obtendrían de forma separada, pues se complementan en un proceso que les interesa a ambos; el franquiciado incurre en menos costos al comprar una franquicia, comparado con la alternativa de crear una propia empresa, lo que le deja más fondos para reinvertir en el negocio; la información que proporcionan los franquiciados, la cual es recogida en los informes periódicos de su actividad, es muy valiosa para el franquiciador y minimiza su

costo en investigación y expansión de mercados; finalmente, la responsabilidad del franquiciado es mínima en el caso de denuncias del consumidor por casos de negligencia, lo que no ocurriría si se tratara de una sucursal del negocio, ya que implicaría directamente a su compañía.

Sin embargo, a pesar de que existen diversas ventajas en las franquicias, también están los inconvenientes de franquiciar un negocio y es que si el negocio tiene éxito, los ingresos obtenidos por los franquiciados son menores que los que se habrían logrado, si estas empresas formaran parte de una cadena de propiedad del empresario; sin embargo, poner en marcha un nuevo negocio requiere de inversiones y costos de puesta en marcha que normalmente deben esperar un tiempo hasta convertirse en utilidades. Por tanto el empresario se ve obligado a disponer de una reserva hasta que recupere la inversión. Esto no ocurre con el franquiciador, ya que es el franquiciado quien soporta las pérdidas hasta que el nuevo negocio empieza a salir adelante.

Ahora bien, los franquiciados no son sus empleados, son empresarios independientes y el único control que puede ejercer sobre ellos es asegurarse de que el consumidor recibe en este establecimiento la misma calidad de servicio y paga el mismo precio que en el suyo. Por tanto es necesario formarles adecuadamente y tratarles a todos por igual, no haciendo distinciones entre unos y otros. De otra manera, se corre el riesgo de que puedan agruparse, si no están satisfechos de los servicios que les suministra, o creen que están pagando un royalty excesivo por la formación y apoyo que reciben a cambio. Una forma de evitar esto, es hacer una cuidadosa selección de los franquiciados y sus antecedentes. Tampoco se debe perder el control sobre el traspaso de la franquicia por parte de sus franquiciados a otros emprendedores que decidan adquirirla. Un error que suelen cometer muchos empresarios que franquician su negocio, es incurrir en excesivos gastos de abogados y consultores. Los costes de franquiciar su negocio nunca deben superar a los costes en los que se incurriría si se quisiera poner en marcha otro negocio propio.

2.2. LA FRANQUICIA EN COLOMBIA

Al realizar un rastreo jurídico doctrinal sobre los orígenes de la franquicia en Colombia, es necesario remitirse a Zuluaga y Carmona (2008), quienes destaca que esta figura contractual aparece en el país a mediados de los años ochenta, pero tiene su gran acogida gracias a la apertura económica en los años noventa, su fortalecimiento se ha incrementado exponencialmente cada año y continua su crecimiento; pero con el también muchos abusos que por desconocimiento y auge, llevan a equivocaciones, porque se presenta como una posibilidad de riqueza rápida y en contraposición una solución a pobreza, la cual se ve generalmente aprovechada en el país por las grandes marcas extranjeras y pobremente por las marcas locales y ni que decir de los pequeños y medianos empresarios.

Se presenta una definición concreta y es que:

La franquicia es la forma empresarial mediante la cual una empresa otorga a un individuo o a una compañía el privilegio de hacer negocios en una zona geográfica predefinida, dentro de un horizonte de tiempo, como una manera de ofrecer los servicios y/o productos que tiene

preestablecidos (Pierre & Rebolledo, 2003, p. 11).

Con esta descripción de la franquicia, se vislumbra la gran importancia que genera para un empresario la oportunidad de crecer su negocio por este medio, con el cual, se logra penetración y cubrimiento del mercado tanto nacional como internacional y en consecuencia la obtención de mayores ingresos para la sostenibilidad de la marca en el largo plazo; un aspecto que considerado en rigurosidad, debería ser su preocupación principal.

2.3. TIPOS DE FRANQUICIAS

De acuerdo con Mosquera (2010), según su naturaleza, la franquicia puede ser industrial, cuando involucra la producción, o de distribución o de formato, cuando se refiere a la actividad comercial directamente con el cliente final. De acuerdo con el territorio, la franquicia puede ser Individual, cuando el franquiciado posee y opera una sola franquicia; regional, cuando se otorga el derecho a establecer un número designado de franquicias en un territorio determinado, o master, cuando se permite ofrecer y vender franquicias a sub-franquiciados, dar sub-

licencias de marcas registradas del franquiciante, recaudar honorarios o pagos para el franquiciante, asistir en el entrenamiento, fortalecer estándares del sistema, con frecuencia permite también el establecimiento de unidades. Otros tipos de franquicias son la córner, que lleva a cabo su actividad dentro de otro establecimiento de comercio, como los almacenes de cadenas o de grandes superficies; la asociativa, en la cual el franquiciado tiene participación económica en la sociedad franquiciadora; la financiera, en la cual el franquiciado no aporta trabajo sino únicamente capital la plurifranquicia (co-branding), cuando un mismo establecimiento es compartido por dos o más unidades franquiciadas de diferentes enseñas comerciales. Este tipo de situaciones se justifica cuando los productos no son competencia entre ellos mismos y cuando se complementan.

En la actualidad, en el país se promueven formas de creación de empresa constantemente y proyectos de emprendimiento, pero uno de los modelos más eficientes para buscar un crecimiento sostenible y rentable es una franquicia,

puesto que se está basando en el resultado exitoso que ya representó para otra empresa, en este caso la marca franquiciante; siempre se garantiza que se han obtenido resultados que son comprobables.

3. EL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

3.1. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

De acuerdo con Peña (2012), la palabra concesión significa autorización que da una persona a otra para la explotación de una marca, derecho, servicio, etc. También significa un privilegio que puede llegar hasta un monopolio, que una parte otorga a una empresa para lograr por su intermedio una participación más eficaz en las ventas, o en la prestación de un servicio de carácter general o colectivo.

La concesión surge como una necesidad del comercio actual, que obedece a leyes económicas distintas de las conocidas a comienzos del siglo XX. La actual es una economía que se caracteriza por su rapidez,

su constante transformación, su producción masiva en escalas insospechadas, el mercado que se amplía en forma acelerada, los avances de la técnica, la llamada sociedad de consumo, etc.

La función económica de este contrato implica que es una nueva forma de organización del mercado en donde el productor y el distribuidor realizan labores especializadas, teniendo como objetivo común conseguir consumidores finales para sus productos, lo cual propicia una forma de integración económica. En este caso, el empresario productor delega la colocación y venta de sus productos o servicios en comerciantes independientes llamados concesionarios, puesto que en la colocación del producto en el mercado actúan en una zona determinada, prestando servicios adicionales de posventa.

Desde este punto de vista, el concedente obtiene importantes ventajas con esta figura, por cuanto logra aumentar sus volúmenes de ventas, mediante la colocación de sus productos en un amplio sector del mercado y en zonas geográficas que no podría atender

directamente. Por otro lado, también mantiene un amplio control sobre la presentación de sus productos, su publicidad, sus marcas y, en general, sobre los establecimientos de comercio que se instalan para su mercadeo.

A su vez, el concesionario también obtiene ventajas considerables, pues al contar con un capital suficiente para formar una empresa de comercialización, lo hace con productos reconocidos en el mercado que le aseguran rentabilidad.

De esta manera, por medio de este contrato dos empresas independientes logran, sobre la base de la sumisión interesada del concesionario al concedente, integrarse en forma de concentración vertical en un conjunto empresarial, apoyándose recíprocamente para el logro del éxito comercial que consiste en el desarrollo de productos y su comercialización.

En general, es un contrato por el cual una parte llamada concedente dueña de los productos, marcas, servicios o de un espacio físico, se obliga a otorgar a otra llamada

concesionario, su explotación, obligándose ésta a realizar tal actividad por su propia cuenta y riesgo en el tiempo establecido y bajo el control o dominio económico de aquella.

3.2. FUNDAMENTOS JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

El contrato de concesión comercial es un contrato atípico que, hasta el momento, no se encuentra regulado dentro de la legislación comercial colombiana; sin embargo, en la jurisprudencia nacional se ha abordado el tema, pero someramente.

Específicamente, el Tribunal Superior de Antioquia, en pronunciamiento del 6 abril 1994, señaló que esta convención o acuerdo de voluntades es de inusitada frecuencia hoy día, sobre todo en los almacenes de cadena que existen en las grandes ciudades y aun en poblaciones intermedias.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 10 de septiembre de 2013, manifestó que:

la internacionalización del comercio, en su dinámica, ha provocado que cada día se busquen formas alternas a las convencionales para hacer llegar las mercancías a los consumidores, en aras del crecimiento y la consolidación empresarial, acudiendo para el efecto a implementar canales de distribución y/o labores de intermediación, mediante la celebración de diferentes modalidades contractuales, como los acuerdos de corretaje, representación de firmas, depósito de mercancías, suministro, consignación, agencia mercantil, concesión y franquicia, entre otros, que por su naturaleza comparten puntos específicos respecto a la injerencia del productor en la forma como se ponen en circulación sus bienes.

De acuerdo a lo que señala Peña (2012), el contrato de concesión comercial hace alusión a aquel a través del cual una parte denominada “concedente”, que es poseedor o ejerce dominio de los productos, marcas, servicios o de un espacio físico, se obliga a otorgar a otra denominada “concesionario”, su explotación, obligándose ésta última a llevar a cabo dicha actividad por cuenta propia y riesgo, en el tiempo establecido y bajo el dominio o control económico de aquella.

3.3. SUJETOS QUE HACEN PARTE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

3.3.1. Concedente

Destaca Peña (2012) que es la persona propietaria del producto, marca o servicio, que concede a otra persona la facultad de comercialización, con la responsabilidad de mantener una clientela y de aumentarla.

3.3.2. Concesionario

Peña (2012) establece que se trata de la persona que explota por cuenta propia el producto, marca o servicio del concedente. Es un empresario que pone su organización comercial al servicio del concedente para vender o prestar servicios a terceros, con tal que su existencia se acredite por los medios reconocidos en el derecho.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

3.4.1. Consensual

Siguiendo el principio general del Código de Comercio, se perfecciona con el simple

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 25

consentimiento de las partes. En consecuencia puede probarse mediante hechos concluyentes derivados de las conductas de las partes.

3.4.2. Bilateral

Toda vez que es necesaria la existencia de las partes para la celebración del contrato.

3.4.3. Conmutativo

En razón a que en el contrato se determinan para las partes obligaciones ciertas y apreciables en el acto mismo en que se perfecciona.

3.4.4. De tracto sucesivo

La concesión participa de este carácter, pues ambos contratantes se comprometen, durante el tiempo que dure el contrato, a cumplir las obligaciones que se van repitiendo sucesivamente.

3.4.5. Es intuitu personae

La concesión se acuerda teniendo en cuenta la persona del concesionario y concedente. A Éste le interesa, para asegurar la explotación de su actividad, que quien lo represente sea un profesional revestido de

cualidades personales, propias, necesarias e inherentes a la actividad.

3.4.6. Oneroso

Por la ventaja que el concesionario le otorga al concedente al asegurar la colocación del producto en el mercado y el prestigio que ello le reporta.

3.4.7. Atípico

No está regulado por la ley, no existen formalidades, y en principio rige la libertad contractual sobre su forma, efectos y extinción.

3.4.8. De adhesión

En los contratos de concesión mercantil se presenta, por lo general, el fenómeno de la estandarización en la contratación, pues el concesionario no tiene cómo pactar las cláusulas que van a regir su relación contractual; por el contrario, existe una convención típica que se impone a todos los contratantes del concedente.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 12 de 25

3.5. EFECTOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

3.5.1. Dirección técnica por parte del concedente

La finalidad que tiene el concedente al desarrollar su canal de comercialización por intermedio de una estructura de concesionarios, es la de dotar a su organización de una estructura ágil, profesionalizada y experimentada para competir en los diferentes mercados donde pretende acceder. Por lo que, reservándose la dirección técnica, dirigirá a su red de concesionarios, de acuerdo con la política general de la empresa.

Esta situación de control vertical de empresas impide el desorden e indisciplina que en nada beneficiaría los objetivos que tiene cada empresa en este modelo de concentración.

3.5.2. Exclusividad

En la situación de que se establezca esta cláusula, ésta opera respecto del concesionario, pues existe la prohibición de actuar en el mismo sector para otras marcas y

proveerse de otro origen que no sea el concedente. Este pacto de exclusividad es una limitación a la libertad contractual, que se produce en contratos generalmente de naturaleza mercantil.

3.5.3. Duración del contrato

En este tipo de contratos este elemento es fundamental al momento de establecer la certeza en el retorno de la inversión y su rentabilidad.

Según señala Peña (2012), en la práctica comercial existen tres posibles opciones en materia de duración: existen contratos de corto plazo, renovables tácita o expresamente; existen contratos de larga duración y existen los de duración indeterminada. Ahora, cuando el plazo estuviere vencido y el contrato se hubiere renovado tácita o expresamente, la figura del preaviso cobra gran importancia, para evitar que la terminación unilateral cause perjuicios al otro contratante.

3.6. CLASES DE CONCESIÓN

Algunas formas de concesión son:

3.6.1. Concesión propiamente dicha

Es el contrato por el cual una persona le otorga a otra autorización para explotar un servicio que le compete y para prestarlo a terceros, obligándose el concesionario a realizar tal explotación a su nombre y por su cuenta y riesgo, bajo control del concedente y con derecho a cobrar por sus servicios.

3.6.2. Concesión de espacio

Ésta sucede cuando el concedente, propietario de uno o varios establecimientos de comercio, decide ceder espacios físicos de sus locales a concesionarios, comerciantes o fabricantes, que desean utilizar sus instalaciones para mercadear sus productos.

El concedente no adquiere las mercancías, pues siguen siendo propiedad del concesionario, y por consiguiente no asume los riesgos por vicios de la cosa vendida.

La comisión que se paga no es sólo por el espacio físico cedido, sino que comprende todos los servicios de los que se beneficia el concesionario.

3.6.3. Concesión pública

Es el contrato a través del cual la administración pública confiere a una persona o sociedad, el derecho a prestar determinado servicio público en beneficio de la comunidad, por lo general en forma monopólica, recibiendo a cambio una tarifa o canon.

3.7. OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES

3.7.1. Concedente

El concedente hace alusión al otorgamiento de autorización para explotar un producto, marca o servicio, conservándola durante el término pactado. Esta característica del contrato hace parte de su esencia, ya que sin autorización básicamente no puede hablarse de ningún elemento: es el primero que debe existir.

Su otorgamiento es una obligación inevitable, principal y primera, del concedente, pues sin ella no es posible la explotación; es por este motivo que es importante que el contrato se realice por

escrito, ya que de esa manera el concesionario puede demostrar a terceros que existe autorización para actuar. Dicha autorización debe otorgarse para el tiempo establecido y, si no se estipuló, para el necesario, de manera tal que el concesionario pueda realizar su propósito en la forma pactada: desarrollar la actividad en la forma estipulada; ceder al concesionario los bienes que le haya prometido; transferirle al concesionario las mercancías y proveer de las mismas en el tiempo y forma negociada, según la clase de concesión; si la concesión implica que el concesionario adquiere los bienes para la reventa, el concedente está obligado a despacharle los pedidos que el concesionario le efectúe; si el concesionario no se obliga a adquirir en propiedad los productos, el concedente se obliga a despacharle al concesionario en forma oportuna las unidades que éste haya colocado entre el público; suministrar la información, ayuda y capacitación técnica, administrativa y de ventas para el éxito de la demanda de los productos; pagar la comisión en aquellos casos donde el concesionario no adquiere para sí los productos que revende, sino que concluye los negocios, quedando a cargo del

concedente el envío de las mercancías al público consumidor; en otros casos, el beneficio se concreta en la diferencia entre el precio de adquisición de los productos y el precio de venta al público, que normalmente es determinado por el concedente; asumir el precio de las reclamaciones de los clientes que atienda el concesionario, la responsabilidad por la mala calidad de la cosa o de los vicios que ella posea, repercute sobre el concedente; deber de exclusividad, en caso de haberse estipulado expresamente; suministrar a los concesionarios información y entrenamiento; y actuar de buena fe y trato igualitario con todos los concesionarios.

3.7.2. Concesionario

3.7.2.1. Obligaciones exigibles al momento de celebrar el contrato

Es importante señalar que, salvo pacto en contrario, el concesionario no adquiere obligaciones que inmediatamente se puedan exigir al momento de celebrar el contrato. Situación análoga a la del cuentacorrentista en el contrato de cuenta corriente bancaria, quien no está obligado a hacer depósitos o girar cheques a la cuenta corriente, pero una

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 15 de 25

vez realizados opera la normativa del contrato.

El concesionario, al celebrar el contrato, no está en la obligación, salvo estipulación mínima de compras, a hacer pedidos al concedente, pero si los realiza, comienzan a regir las cláusulas estipuladas en el contrato; esta situación se explica comercialmente, en la medida en que quien acepta este tipo de contratos lo hace con ánimo de lucro, y la posible ganancia se origina cuando la mecánica ingrese en el mercado, a través de los correspondientes pedidos.

3.7.2.2. Obligación de resultado

El concesionario no adquiere una obligación de resultado, sino, por el contrario, una obligación de medio, la cual consiste en dedicar su actividad a la comercialización de los productos del concedente.

3.7.2.3. La explotación de la actividad a nombre y por cuenta propia

La explotación de la actividad a nombre y por cuenta propia es la obligación principal del concesionario, y ella debe desarrollarse

en la forma y condiciones pactadas. Es tan importante esta obligación que se constituye en el propósito común para ambas partes (concedente y concesionario) al contratar.

3.7.2.4. Funcionamiento de la actividad

El concesionario debe poner en marcha la actividad con todo lo que ello conlleva: colocación de elementos, acopio de productos, adecuación del local, contratación de personal, etc.

Para que el contrato tenga éxito, también se necesita que el concesionario sea una persona apta para el servicio en cuestión, y que lo realizará dentro de los parámetros establecidos por el concedente.

En cuanto al significado de “explotación” (prestación), se trata de ejecutar una actividad establecida (o varias), para la finalidad propuesta, que es la ejecución del servicio, el cual debe efectuarse en nombre, por cuenta y a riesgo del concesionario.

Ahora, en cuanto al concepto de “servicio”, se trata de beneficios, sean éstos

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 16 de 25

materiales o no, que el concedente otorga a terceros.

3.7.2.5. Soportar el control del concedente

En primer lugar, hay que mencionar que el control del concedente no significa subordinación económica ni jurídica. El concesionario procede de manera independiente, manifestándose el control y dominio que posee el concedente sobre la prestación de la actividad, control que, a su vez, se traduce en la posibilidad de regulación y fiscalización sobre los elementos con que se presta el servicio (libros de comercio, personal, etc.), sean o no entregados por el concedente, es decir, sobre todos los aspectos que han sido objeto de reglamentación.

3.7.2.6. Pagar la remuneración

Ésta es una obligación accesoria en la medida en que puede pactarse una compensación que el concesionario debe entregar al concedente y que puede consistir en dinero o en otros bienes. Si se pacta en dinero, acepta la modalidad de precio fijo y porcentual sobre ingresos; este último, a su

vez, puede ser fijado sobre los ingresos brutos o netos.

3.7.2.7. Deber de secreto

Según Peña (2012), el concesionario no puede informar a otras personas los secretos del concedente que le fueron confiados con motivo del ejercicio de la actividad de distribución, o a los cuales tuvo acceso con ocasión del ejercicio de dicha actividad. “Por secretos empresariales debe entenderse los asuntos relacionados con la empresa que únicamente conoce un círculo de personas determinadas y que por voluntad del empresario deben mantenerse en secreto” (Peña, 2012, p. 413).

El deber de secreto concurre durante la vigencia de la relación contractual y persiste posteriormente a su finalización, como resultado del deber de lealtad. El artículo 16 de la Ley 256 de 1996, sobre la competencia desleal, califica como tal la divulgación de secretos empresariales a los que una persona ha tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 17 de 25

3.7.2.8. Cuidar los bienes entregados

Es obligación del concesionario velar por la conservación de los bienes, utilizarlos únicamente con el propósito de prestar el servicio y reponerlos al concluir el contrato. Los bienes que han sido recibidos quedan de responsabilidad del concesionario, adjudicándose éste los costos de conservación como limpieza o reparaciones, salvo que se haya estipulado lo contrario.

De igual manera, el concesionario solamente tiene el uso restringido, ya que solamente puede ejercerlo con la finalidad de desarrollar la actividad.

Finalmente, su obligación se amplía a la restitución de los bienes al finiquitar el contrato, reposición que debe efectuarse en el estado en que se tomaron, salvo el desgaste propio del uso y el transcurso del tiempo.

3.8. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

Además de la decisión de ambos contratantes, puede ponerse fin al contrato, por los siguientes medios:

3.8.1. Expiración del término de duración

Concluido el período estipulado por las partes, termina el contrato, pero en caso de que el condeciente no esté interesado en renovar el contrato, ocasionando con ello perjuicio al concesionario, acarreará con las consecuencias jurídicas que se señalan en el artículo 830 del Código de Comercio, es decir, con la indemnización de perjuicios que se causen por la no renovación.

Si se ha estipulado la tácita reconducción*, ésta debe hacerse efectiva, cumpliendo los requisitos acordados por los contratantes.

Vencido el plazo, si las partes quieren continuar con la relación contractual, es necesaria la firma del nuevo convenio, ya que la tácita reconducción no se presume.

3.8.2. Terminación unilateral

Es la forma de poner fin al contrato de concesión cuando no se tiene establecido un plazo o condición de duración. En este caso, la parte que desee poner fin al contrato, debe notificar su decisión a la otra parte, con

* Tácita reconducción o renovación es un nuevo contrato cuyas cláusulas han sido pactadas por el contrato anterior que se extingue.

suficiente antelación, para que pueda proveer las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de perjuicio.

3.8.3. *Insolvencia de una de las partes*

El debido temor de que alguna de las partes no pueda continuar atendiendo la concesión, faculta para dar por terminado el contrato.

4. NORMAS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y CONCESIÓN COMERCIAL EN COLOMBIA EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

4.1. DIFERENCIAS Y CARACTERÍSTICAS COMUNES ENTRE LA CONCESIÓN Y LA FRANQUICIA

Las características jurídicas comunes que concurren en estas figuras, son las siguientes:

- La razón económica que induce a las partes a concluir el negocio. El productor celebra el negocio con el propósito de promover sus productos o la prestación de

servicios que constituyan el giro ordinario de sus negocios.

- El representante, agente o concesionario, contrata teniendo expectativa del lucro, mediante la ganancia de una comisión sobre las ventas o los servicios contratados, si actúa como intermediario o *broker**. Pero si de acuerdo con el contrato opera como *dealer*** , su interés fundamental radica en ganar la diferencia entre el precio de compra y el de venta al consumidor.

- Estos son contratos de tracto sucesivo.

- Son contratos "normativos", pues a la época de la celebración del negocio no se generan obligaciones para ambas partes que puedan exigirse recíprocamente, de inmediato, sino que el contrato establece reglas aplicables cuando suceden los hechos previstos en él.

* En general, es todo intermediario que actúa por cuenta de otro y que no adquiere para sí la mercancía del principal.

** Persona que intermedia por su cuenta y riesgo, comprando para luego revender las mercaderías de un principal.

- En cuanto a su carácter de *intuitio personae*, en estos contratos se prohíbe expresamente su transferencia, posible solamente mediante el consentimiento expreso del contratante.

- La independencia jurídica de sus participantes. Se trata de relaciones entre comerciantes independientes, que acuerdan negocios con fundamento en el lucro común esperado.

Las diferencias que se pueden encontrar entre la concesión y las figuras afines, son las siguientes:

El agente comercial es una persona que se dedica a la promoción de productos o servicios, en un mercado determinado, por cuenta y riesgo del empresario; mientras que:

el concesionario no representa al concedente, ni actúa en su propio nombre o por cuenta de él; es un comerciante jurídicamente independiente cuya tarea consiste en comprar y revender por su propia cuenta, concluyendo los negocios en su propio interés y asumiendo los riesgos inherentes a los mismos (Peña, 2012, p. 417).

El distribuidor comercial es la persona que tiene asignada una zona en exclusividad, o compartida con otro u otros distribuidores, y se dedica a la intermediación de productos con una cuota fijada por el fabricante a un precio de descuento, obteniendo por su labor la diferencia que obtendrá entre el precio de venta al público y su precio de compra; de esta manera, la finalidad del objeto de la concesión es más amplia, ya que consiste en:

asegurar, a través de un contrato marco, la distribución por medio de una reventa, de determinados productos de un empresario (concedente), en condiciones establecidas por él, en un territorio y por un tiempo determinado, de la cual se encarga un comerciante (concesionario) que obra en su propio nombre, por su cuenta, pero hace parte de una red de comercialización cuyas políticas comerciales y condiciones son determinadas por el concedente y obligatorias para el concesionario. En otras palabras, las prestaciones a cargo de una de las partes se conocen con antelación, mientras que en la concesión ellas están sometidas a lo que periódicamente se vaya conviniendo en los respectivos contratos de aplicación. El distribuidor no está obligado a revender conforme a las instrucciones de su proveedor, en tanto que en la concesión si está obligado por ellas (Peña, 2012, p. 418).

La franquicia comercial es el contrato a través del cual un empresario obtiene el derecho a repetir un éxito comercial,

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 20 de 25

recibiendo todo el conocimiento y experiencia, así como todo el aprovisionamiento de los inmuebles o la escogencia de sus instalaciones y el suministro de los productos.

El concesionario comercial es aquella persona que se dedica a la distribución comercial de productos de un fabricante específico y debe atender un mercado de manera exclusiva o compartida, ateniéndose a normas muy precisas en relación con el concedente y la atención de los consumidores o usuarios, “debiendo continuar esta relación aún después de concretada la venta y de entregado el producto” (Peña, 2012, p. 418), ya que debe satisfacer las garantías y los servicios de mantenimiento.

De acuerdo con lo anterior, la concesión se caracteriza en la legislación mercantil colombiana, por lo siguiente:

- a) se trata de un derecho que un fabricante o proveedor confiere a un comerciante para que este revenda los productos que le compra al primero; b) tal reventa se efectúa dentro de un territorio determinado y durante un plazo específico; c) la reventa está sometida a las condiciones que imponga el concedente; d) la distribución

se realiza a nombre y por cuenta del concesionario, es decir a su propio riesgo y bajo su propia responsabilidad, y e) genera para el concesionario obligaciones ulteriores de hacer, conforme a instrucciones que le imparta el concedente (Peña, 2012, p. 418).

4.2. NORMAS APLICABLES EN MATERIA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual hace referencia al conjunto de facultades reconocidas por la ley a quien crea una obra artística, científica o literaria o lleva a cabo ciertas actuaciones o producciones que se suponen generadas por el intelecto.

Específicamente, la propiedad intelectual en Colombia posee tanto un aval jurídico como constitucional. La fuente principal, sin duda, es la Constitución Política de 1991 (art. 8, 58, 61, 78, 81, 83 y 95), coligada con el Código Civil, el Código de Comercio, el Código Penal, el Código Sustantivo del Trabajo, las leyes estatutarias y ordinarias, los Decretos, las Decisiones, los Protocolos y las Circulares, todos ellos procurando cumplir los acuerdos y los convenios internacionales de la Organización Mundial de la Propiedad (OMPI).

Entrando en materia, la propiedad intelectual cobra especial importancia en este asunto de las franquicias y la concesión comercial, pues a partir de ésta, el franquiciante o concedente debe permitir que el franquiciado o concesionario use un formato o sistema de negocios que le permita reproducirlo abriendo en el mercado un nuevo negocio, pero que es propiedad del franquiciado.

Existen un sinnúmero de ejemplos sobre propiedad intelectual que se aplican a las franquicias y a la concesión comercial como son los nombres comerciales, las marcas, las apariencias distintivas, el secreto profesional, el software, entre otros.

Sin duda, la propiedad intelectual es un asunto de carácter global que aboga por la protección de las ideas producto del intelecto humano, el cual se encuentra involucrado con los intereses de la sociedad y cuya importancia se debe a los avances de la tecnología, al mejoramiento de las técnicas de producción, a los medios de comunicación y, en general, a las ciencias, pues durante

varios años se han reconocido y otorgado privilegios a quienes, por medio de la investigación, del esfuerzo, del intelecto y del trabajo sobre ideas idóneas de ser materializadas, han resuelto complejas situaciones, lo que ha llevado a que se les reconozca un derecho de dominio de propiedad sobre los bienes incorporeales o elementos connotacionales (arts. 653 y 670 del Código Civil) y obtener, a la vez, la posibilidad de recibir un beneficio monetario sobre su invención materializada.

Dichos reconocimientos son llamados derechos morales o de paternidad intelectual, los cuales son de carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable como derecho absoluto del creador sobre su obra producto o procedimiento (éstos respaldados en las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones N° 345 y 351 de 1993 y 486 de 2000 y en la ley colombiana sobre derechos de autor y derechos conexos N° 23 de 1982, modificada por la Ley 44 de 1993); derechos que son garantizados por el Estado de forma plena. De igual forma, le permite al inventor incluir criterios de divulgación o comunicación de la obra, la paternidad de la

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 22 de 25

misma, velar por la integridad y al derecho de retracto de publicación.

Del mismo modo, también son llamados derechos patrimoniales o derecho de utilización (Decisión Andina 351 de 1993), los cuales le permiten al autor creador, inventor o un tercero autorizado por éste, a través de las formalidades que establece la ley, y brindándole la calidad al resultado materializado, la capacidad plena de disposición y la posibilidad de transferir el bien, a través de cuatro derechos: de reproducción, de distribución, de comunicación pública y de transformación.

5. CONCLUSIONES

Como ha quedado establecido en el presente artículo, existen importantes diferencias, pero también marcadas similitudes entre la franquicia y la concesión comercial; si bien se trata de figuras contractuales atípicas las dos, por cuanto no se encuentran expresa y tácitamente reguladas en la normatividad colombiana, lo cierto es que este tipo de negocios jurídicos

encuentra asidero en las reglas propias de la costumbre mercantil y las normas generalmente aceptadas en el derecho cuando se trata de controversias contractuales.

Ahora bien, tanto la concesión comercial como la franquicia tienen como característica común el hecho que ambas figuras contractuales son reguladas mediante contratos comerciales que les ofrecen un marco jurídico para reglamentar las relaciones entre las partes; en las dos figuras se evidencian acuerdos realizados según las características de las partes; para que se consideren celebrados basta el solo acuerdo de las mismas.

De igual modo, en la franquicia y la concesión comercial se muestra una tendencia a ser manejados como contratos de adhesión, en los que el concedente y el franquiciador establecen las condiciones al concesionario y al franquiciado; pero aún así, les permite a las partes mantener su autonomía e independencia.

De esta manera, la principal diferencia entre la franquicia y la concesión radica en

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 23 de 25</p>

que el concedente entrega la distribución, la marca, licencias, al concesionario; mientras que en la franquicia, aparte de esto, se entrega un concepto de negocio, un sistema completo de gestión denominado “Business Format Franchising”, que en su conjunto pretende garantizar el éxito del negocio. La asistencia y el control son completos y permanentes. Por lo anterior, el sistema empresarial de franquicia es más que un sistema de distribución, dado que abarca toda la línea integral desde su conceptualización; incluye, en algunos casos, desde la fabricación hasta la postventa al cliente final. En la actualidad, la tendencia es que los sistemas de distribución, como la concesión, incorporen elementos de la franquicia, pues cada vez más aplican criterios avanzados de formación en la administración, la gestión del negocio, el desarrollo de acciones publicitarias y las promocionales comunes.

Cualquier empresa que tenga un buen posicionamiento en el mercado y, además, cuente con ciertas perspectivas de crecimiento, debe ver a la franquicia y a la concesión comercial como una de las

alternativas más rentables y eficientes para lograr alcanzar nuevos mercados.

Sea cual sea el sector en el que la empresa opere (industrial, comercial, distribución o prestación de servicios), la franquicia y la concesión comercial se pueden contemplar como alternativas que le darán a la organización un sinnúmero de beneficios y ventajas. Es más, no se puede iniciar un proceso de expansión sin haber analizado con anticipación la posibilidad de franquiciar o de entregar en concesión.

De esta manera, tanto el modelo de franquicia como el de concesión comercial están diseñados para brindar, por lo general, una fórmula de éxito bastante probada con anticipación, a la que se suma asesoramiento y, en muchas ocasiones, formación continua.

REFERENCIAS

- Alterini, A. A. (1989). *Derecho comercial contemporáneo*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Arrubla P., J. (2006). *Contratos mercantiles*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 24 de 25

- Baena U., M. (2000). *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. Bogotá: Legis.
- Bonivento F., J. (2005). *Los principales contratos civiles y comerciales*. Bogotá: Ediciones librería del profesional.
- Camacho L., M. (2005). Régimen Jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-15.
- Castañeda, A., Taylor H., S., García S., R. y Polo S., V. (1999). Los contratos atípicos en Colombia. *Revista de Derecho*, 11, 93-111.
- Caves, R. & Murphy, W. (1979). Franchising: Firms, Markets and intangible assets. *Southern Economics journal*, 42, 572-586.
- Chacón Q., E. (2001). Negocios atípicos e innominados. Apuntes para una regulación general. *Ale-Kuma*, 12, 143-156.
- Chulia V., E. & Beltrán A., T. (1999). *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. Barcelona: José María Bosch.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-080. Bogotá. *Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz*.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de septiembre de 2013. Ref: Exp. 1100131030222005-00333-01. Bogotá. *Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez*.
- Cortes P., C. (1999). Negocios jurídicos atípicos y complejos. *Temas Socio-Jurídicos*, 17(37), 127-134.
- De Nora Z., J. & Rivero G., C. (2010). *La planificación estratégica en el sector construcción del Estado Sucre, Municipio Sucre*. Cumaná (Venezuela): Universidad de Oriente.
- Flórez G., J. (2011). Acerca de la homogenización de contratos internacionales. *Criterio jurídico garantista*, 3(4), 90-116.
- Foro Internacional la Franquicia como un Modelo de Negocio Estratégico. (2006). *La franquicia: un modelo de negocio estratégico: beneficio directo de la marca*. Bogotá: Escuela Colombiana de Ingeniería.
- Hocsman, H. S. (1994). *Contrato de concesión comercial*. Buenos Aires: La Rocca.
- Kursh, H. (1962). *The Franchise Boom: How you can profit in it*. Englewood cliffs. New York: Prentice-Hall.
- López G., F. (2008). *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial*. Bogotá: Temis.
- Mosquera M., F. (2010). *La Franquicia, una estrategia de crecimiento empresarial*. Medellín: Eafit.
- Ospina F., G. y Ospina A., E. (2002). *Teoría General del Contrato y de los demás*

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 25 de 25

actos o negocios jurídicos. Bogotá:
Temis.

Peña N., L. (2012). *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales.* Bogotá: Temis.

Pierre S., S. & Rebolledo, C. (2003). *La Franquicia en Colombia.* Bogotá: Norma.

Serrano G., C. (2005). Negocios jurídicos atípicos en el derecho comercial. *Dixi*, 7, 110-114.

Suescún M., J. (2003). *Derecho privado. Estudio de derecho civil y comercial contemporáneo.* Bogotá: Legis.

Tribunal Superior de Antioquia. Sala Civil de Decisión. Sentencia del 6 abril 1994. Medellín. *Magistrado Ponente: Juan Diego Ocampo Ramírez.*

Vaugh, C. (1974). *Franchising.* Lexintong, Mass: Lexintong Books.

Velásquez R., C. (2008). Aspectos jurídicos del modelo empresarial de franquicia. *Foro del Jurista*, 28, 43-56.

Zuluaga Á., W. & Carmona C., H. (2008). *Evaluación financiera de las franquicias en Pereira bajo condición de incertidumbre.* Pereira: Universidad Tecnológica de Pereira.

CURRICULUM VITAE

Angélica María Colorado Londoño: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Luz Omaira Córdoba Agudelo: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Manuela López Velásquez: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.