

Sentencia C-188/22

Referencia: Expediente D-14461

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 (parcial) de la Ley 2069 de 2020, “[p]or medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia”

Demandante: Carlos Carvajal Montoya

Magistrado Ponente

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., primero (1) de junio de dos mil veintidós (2022)

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Carlos Carvajal Montoya demanda el artículo 11 (parcial) de la Ley 2069 de 2020, “*Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia*”, cuyo contenido se transcribe y subraya a continuación:

LEY 2069 DE 2020
(diciembre 31)

Por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

“ARTÍCULO 11. DE LAS FRANQUICIAS. *El Gobierno Nacional promoverá el modelo de franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de MiPymes. Para estos efectos, reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar.*

Las condiciones técnicas y estrategias definidas por el Gobierno Nacional para promover el modelo de franquicias como alternativa de emprendimiento, en ningún momento podrán representar mayores beneficios que los implementados para promover la creación de nuevas empresas”.

La demanda

1. El ciudadano considera que la disposición acusada desconoce el artículo 333 de la Constitución Política y solicita se declare inconstitucional. A fin de fundamentar su solicitud y apoyándose también en el contenido de los artículos

150 y 189 de la Constitución, presenta los argumentos que se sintetizan a continuación.

2. La reserva de ley es “aquella técnica constitucional que exige que determinadas materias se regulen, necesariamente, mediante normas con rango de ley”¹. El artículo 333 de la Constitución Política, prescribe que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites y restricciones que imponga, únicamente, la ley”².

3. Los contratos mercantiles como expresión del desarrollo de la actividad económica, la libertad de empresa, la libertad contractual y la iniciativa privada, se encuentran regulados, en cuanto a su contenido esencial y características propias, en el Código de Comercio o en una ley expedida por el Congreso, en virtud de la reserva establecida en el artículo 333 superior. Esa disposición impone la obligación de regular estas materias mediante normas con fuerza de ley, sin perjuicio del eventual desarrollo reglamentario posterior a cargo del ejecutivo. Cualquier limitación a dicha libertad -como lo es la regulación de un tipo contractual-, debe tener su origen en la rama legislativa.

4. El contrato de franquicia es “un acuerdo privado tendiente a la explotación de un negocio determinado, bajo unas características propias, relacionadas con la gestión de activos intangibles y la adopción de parámetros de explotación comercial preestablecidos por las partes”. Se trata de un contrato atípico dado que no cuenta con un régimen en la legislación colombiana. Si el Estado considera necesario regular dicha figura contractual, es competencia del Congreso adoptar la normatividad que considere pertinente para tal fin.

5. Resulta claro que “la adopción de una normativa para la fijación de definiciones, conceptos, requisitos y parámetros, encaminados a regular una figura contractual, como el contrato de franquicia, presentará, inexpugnablemente, un carácter delimitativo y restrictivo de dicha libertad contractual”. Y, no es por vía reglamentaria que el Estado “puede limitar dicha libertad contractual bajo la adopción de regulaciones no legales encaminadas a coartar la libertad que las leyes le otorgan y que la atipicidad de una figura contractual les confiere”.

6. La “definición de los elementos del contrato de franquicia implicará, para los comerciantes, la necesidad de ajustarse a la misma en caso de estar interesados en celebrar este tipo de acuerdos, restringiendo y delimitando la posibilidad de estructurar contratos de franquicia por fuera de los axiomas y delimitaciones que llegaren a adoptarse por dicha regulación”. En la actualidad y debido a la atipicidad del contrato, los comerciantes pueden decidir las condiciones y obligaciones según lo estimen conveniente. La adopción de una regulación que defina y delimite el alcance de dicha libertad contractual, imponiendo parámetros predefinidos y de obligatoria observancia para los comerciantes, implicará una restricción de la libertad contractual.

7. Aceptar que el Gobierno intervenga, de forma directa, en ejercicio de su potestad reglamentaria, en situaciones no reguladas previamente por la

¹ Refiere las consideraciones de la sentencia C-1262 de 2005 en relación con la expresión “reserva de ley”.

² Sobre la libertad económica cita la sentencia C-263 de 2011.

Constitución o la ley, determinaría un poder excesivo de la rama ejecutiva, en contravía de la competencia atribuida al legislador.

8. La disposición que se acusa “traslada al ejecutivo la facultad de definir, vía reglamento, la noción del contrato de franquicia y de determinar sus características propias, elementos esenciales y el régimen de responsabilidad”. En efecto, con “la amplitud, vaguedad e imprecisión de las facultades conferidas al Gobierno en la norma demandada, se desconoce que la potestad reglamentaria del ejecutivo, establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la CP, exige, del cuerpo legislativo, el ejercicio correcto de su facultad para emitir leyes completas, claras y precisas que puedan, a su vez, ser objeto de desarrollo y reglamentación posterior por el Gobierno”. El artículo impugnado “pretende que sea el Gobierno, vía reglamento, no vía norma con rango legal, el encargado de definir el concepto de contrato de franquicia, establecer sus elementos esenciales, características propias y régimen de responsabilidad, asuntos estos reservados a la ley, según el artículo 333 CP”.

9. La disposición demandada al indicar “que el ejecutivo ‘(...) reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar’ (...)” desconoce “el hecho de que dichas ‘condiciones técnicas’ no han sido ni definidas ni establecidas en una norma con rango de ley, por lo cual, el ejecutivo no tiene objeto alguno que “reglamentar” (...)”³. Lo propio “sucede con las obligaciones y el régimen de responsabilidad aplicable al contrato de franquicia, en tanto la ley no ha delineado ni siquiera de forma superficial las mismas”.

10. En suma la norma acusada desconoce, de conformidad con lo establecido en el artículo 333 constitucional, que una figura contractual -como lo es el contrato de franquicia- debe ser regulada mediante una norma con rango de ley, no mediante un reglamento del ejecutivo, en tanto “esta figura contractual se instituye en un elemento propio del desarrollo de la actividad económica, la iniciativa privada, la libertad contractual y la libertad de empresa, derechos consagrados en dicho artículo constitucional, cuya regulación fue sometida por el Constituyente a reserva de ley”.

II. INTERVENCIONES

Asociación Nacional de Empresarios de Colombia

11. Solicita a la Corte declarar la inexecutable de la disposición demandada, fundamentando su solicitud en los siguientes argumentos⁴.

12. Primero, las limitaciones a la libertad contractual deben provenir -según lo previsto en el artículo 333 de la Constitución y lo indicado por la Corte

³ Indica el demandante: “La misma norma demandada parece reconocer, al menos de forma implícita, que dichas “condiciones técnicas” no han sido delineadas, y ni siquiera tangencialmente definidas en la ley. Ello es así, porque en su inciso segundo, le impone al ejecutivo un único condicionamiento para cumplir con la tarea encargada, cual es “definir”, dichas “condiciones técnicas”. Así, la norma reconoce que su pretensión es que el ejecutivo defina, precise, diseñe y establezca, vía decreto reglamentario, los elementos esenciales, las obligaciones y el régimen de responsabilidad aplicable a una figura contractual determinada, la cual está sometida a reserva legal, y, en consecuencia, debe ser regulada bajo una norma con rango de ley, no mediante reglamento del ejecutivo”.

⁴ Suscribe el documento el ciudadano Bruce Mac Master en su condición de representante legal de la ANDI.

Constitucional en la sentencia C-186 de 2011- de una norma con fuerza de ley aprobada por el Congreso. Segundo, cuando se trata de normas de orden público que limitan la referida libertad contractual, el debido proceso exige que sean establecidas por el Congreso en atención a las sanciones que pueden originar. Tercero, teniendo en cuenta que no existe una regulación preexistente, el contrato atípico no puede ser objeto de reglamentación directa por parte del Presidente de la República en tanto esa competencia (art. 189.11) tiene naturaleza derivada según lo precisó la sentencia C-748 de 2011.

Cámara Colombiana de Franquicias

13. Solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la disposición demandada⁵ presentando varias razones.

14. Primero, las franquicias constituyen una muy importante modalidad de emprendimiento dado que su desarrollo se apoya en negocios acreditados y, en consecuencia, no supone grandes riesgos. Segundo, el desarrollo de la franquicia en Colombia ha sido ascendente y se espera que sea uno de los tres países con el mayor crecimiento del potencial de esta actividad. Tercero, el impulso de la franquicia requiere de la existencia de una regulación que permita formalizar las actividades desarrolladas y promover la inversión. Cuarto, existen algunos avances en materia de regulación, pero hasta el momento han consistido en acuerdos voluntarios -mediante la adopción de Códigos de Ética- o en referencias en el Plan Nacional de Desarrollo o en un documento Conpes. Quinto, el artículo 11 demandado es un adecuado punto de partida para la regulación puesto que asegura que existan reglas cuyo ajuste no resultará tan complejo. Sexto, la regulación permitirá enfrentar diversas dificultades asociadas, por ejemplo, a la indefinición de la franquicia, a los derechos y deberes de las partes, a las obligaciones en materia de revelación de información y a la compatibilidad de este negocio con la ley de competencia.

15. Destaca que en caso de considerar que la disposición puede ser parcialmente inconstitucional es importante que se “preserve la potestad del Gobierno Nacional” para regular “las condiciones técnicas y las estrategias que permitan la promoción del contrato de franquicia”. En esa medida “la Corte debería delimitar las materias entre lo que le corresponde al poder ejecutivo y lo que deba ser propio del legislativo, preservando que el Gobierno Nacional disponga de las facultades para impulsar este instrumento como dinamizador del tejido empresarial y del empleo”.

Federación Nacional de Comerciantes

16. Solicita que se declare la inexecutable de la disposición acusada⁶. Señala que la regulación del contrato de franquicia, según la jurisprudencia constitucional en materia de reserva legislativa, debe ser adoptada por el Congreso de la República o mediante normas con fuerza de ley. El artículo 11, además de carecer de precisión sobre el sentido de la regulación, no incluye a las grandes franquicias.

⁵ Suscribe el documento Luis Felipe Jaramillo Lema, en su condición de vicepresidente de COLFRANQUICIAS.

⁶ Suscribe el documento Jaime Alberto Cabal Sanclemente, en su condición de representante legal de FENALCO.

17. En adición a ello la intervención plantea un conjunto de argumentos desde la perspectiva de la conveniencia de la regulación. Primero, es muy importante impulsar el desarrollo de este modelo de negocio, siendo necesario un especial cuidado “por cuanto legislar sobre una figura contractual tan importante, ciertamente debe atender a criterios de necesidad y proporcionalidad, además de surtir un proceso de evaluación previa y de construcción de consensos (...)”. Segundo, a pesar de que es importante contar con una regulación en la materia, ella no será suficiente sino se ocupa de aspectos relacionados con la protección de la competencia y la responsabilidad de las partes que intervienen en el contrato de franquicia. Tercero, al adoptar este régimen “es necesario analizar la madurez del mercado de franquicias en el país y observar si en efecto es una constante el desarrollo de conductas abusivas o fraudulentas que justifiquen la necesidad de imponer unos requisitos mínimos por ley”.

18. En suma, si bien “es comprensible que se pretenda regular un contrato que es atípico en nuestro país y que se trata de un modelo de negocio bastante usado en el mundo, sin embargo, al ser una de las mejores alternativas para el emprendimiento y la expansión de los negocios, no encontramos justificación suficiente para la intervención del modelo mediante su regulación”.

Universidad Externado de Colombia

19. Solicita a la Corte que declare la exequibilidad de la disposición “en el entendido de que el reglamento que expida el ejecutivo tendrá simplemente carácter supletivo de la voluntad de las partes y no podrá implicar la definición de normas imperativas”⁷. Para fundamentar su solicitud presenta varios argumentos.

20. Primero, el contrato de franquicia tiene naturaleza atípica al no existir legislación que lo regule y, en esa medida, las fuentes que lo rigen son, principalmente, las estipulaciones contractuales. Segundo, es cierto que la disposición acusada “no podía delegar en la rama ejecutiva la facultad de regular las condiciones que definen la franquicia, sus obligaciones y su régimen de responsabilidad, en atención a que estos son elementos esenciales y definitorios de la figura contractual”. Tercero, en atención a la reserva legislativa que en materia de limitación de libertades económicas se desprende del artículo 333 de la Constitución, “la expedición de un reglamento que contenga normas imperativas sobre la materia coartaría la autonomía negocial de la que hasta hoy han gozado los ciudadanos que eligen celebrar un contrato de franquicia en desarrollo de su libre iniciativa privada (...)”.

21. Con fundamento en las anteriores premisas, la intervención plantea tres argumentos adicionales. Cuarto, la expedición de una regulación para un contrato atípico no supone, en todos los casos, una limitación a la autonomía debido a que “dependiendo de cómo se formulen las disposiciones, estas pueden resultar más en una guía para los ciudadanos que en una regulación de imperativo cumplimiento”. Quinto, una regulación supletiva que solo integre elementos de la naturaleza para esa clase de acuerdos “podría incluso terminar siendo una herramienta para favorecer la socialización del contrato de franquicia con aquellas personas que no cuentan con la asesoría legal necesaria para estudiar y dominar

⁷ Suscriben el documento Juan Miguel Álvarez Contreras, docente e investigador del Departamento de Derecho de los Negocios y Diana Marcela Araújo Vallejo, auxiliar de investigación del mismo departamento.

una figura contractual de origen extranjero”. Sexto, comprender que la autorización para reglamentar la franquicia únicamente comprende normas supletivas a las que pueden o no acogerse las partes, resulta compatible con la Constitución al no limitar la libertad contractual.

Universidad del Rosario

22. Solicita a la Corte que se declare la inexecutable de la regulación⁸ con fundamento en los siguientes argumentos.

23. Primero, la norma le asigna al Gobierno Nacional la competencia para tipificar el contrato de franquicia confiriéndole, al mismo tiempo, un amplio margen de acción para ello. Segundo, la tipificación de cualquier contrato “debe llevarse a cabo en el marco de un debate democrático en el Congreso”, de modo que “[l]as discusiones sobre si es conveniente o no regular un contrato atípico, el alcance de la regulación y las consecuencias en la vida económica no pueden ser dejados a la discreción del Gobierno, pues ello vulneraría las competencias establecidas por la Constitución para la restricción de las libertades económicas en un modelo de Economía Social de Mercado”. Tercero, a pesar de que el Gobierno tiene la competencia para reglamentar las leyes en virtud de lo dispuesto en el artículo 189.11 de la Constitución “en este caso, el legislador omitió establecer al menos unas reglas mínimas a partir de las cuales, el Gobierno podría, eventualmente, expedir reglamentación” y, en esa medida, “ni siquiera hay ley que reglamentar puesto que el legislador se limitó básicamente a delegar todo en el Gobierno vaciando completamente su propia competencia”.

Universidad de los Andes

24. Solicita que la norma sea declarada contraria a la Constitución⁹. Al fundamentar su intervención presenta diferentes razones que pueden sintetizarse como sigue.

25. Primero, teniendo en cuenta que con fundamento en los artículos 150.21 y 333 de la Constitución existe reserva legislativa en lo relativo a las garantías en materia de desarrollo económico, es contrario a la Carta Política “que el Gobierno, en ejercicio de una delegación reglamentaria, esté facultado para intervenir de forma directa en la regulación del contrato de franquicia sin que medie una norma constitucional de eficacia directa o una ley que así lo posibilite”. Advierte que tal requerimiento “no se opone a que el Gobierno Nacional puede hacer ejercicio de facultades reglamentarias una vez se este frente a una regulación básica o materialidad legislativa”. Segundo, se ha discutido en la doctrina cuál debe ser la definición del contrato de franquicia y la naturaleza y alcance de las obligaciones que surgen de su celebración¹⁰.

⁸ Suscriben el documento José Alberto Gaitán Martínez en su condición de Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y Yira López Castro, en calidad de directora de la Especialización en Derecho Comercial de la misma Facultad.

⁹ Suscriben el documento Natalia González, Juan Sebastián Peñafort, Juan Carlos Montoya y Mariana Bernal en calidad de miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

¹⁰ En su intervención indican lo siguiente a este respecto: “Ahora bien, la doctrina se ha encargado de definir el contrato de franquicia de diferentes maneras, sin embargo, hay consenso en entender que es un contrato en el que un empresario denominado franquiciante (o franquiciador), pone a disposición de otro denominado franquiciado, una marca propiedad del primero, la comercialización de un servicio o de un producto, a cambio de una remuneración de carácter económico por parte del segundo (...). Sin embargo, parte de la doctrina considera que la definición debería incluir desde un principio el hecho de que el franquiciante también otorga, o puede otorgar,

26. Tercero, debe considerarse que en la actualidad cursa en el Congreso de la República el proyecto de ley 274 de 2021 que se ocupa de la regulación de las diferentes dimensiones del contrato de franquicia. Cuarto, es claro que la adopción de un régimen legal del contrato de franquicia “ayudaría a mejorar la eficiencia de este negocio en Colombia” y a partir de la fijación de obligaciones podría “evitar que se presenten abusos de la parte dominante del contrato, desequilibrios injustificados y una mejor distribución de los riesgos”.

Universidad Sergio Arboleda

27. Pide a la Corte que se declare la inexecutable de la disposición demandada¹¹, presentando para ello los siguientes argumentos.

28. Primero, el contrato de franquicia es un contrato atípico y si bien ha venido funcionando hace más de cuatro décadas en Colombia “las múltiples situaciones de conflicto que puede generar el desarrollo de este contrato, así como la necesidad de alcanzar una visibilidad como país en materia de franquicias, es preciso que Colombia apruebe y ponga en vigencia una normativa que regule este convenio (...)”. Destaca que una regulación en esa dirección “permitirá no solo proteger a las partes débiles del contrato, sino que, además, se conseguirá que el país adquiera visibilidad en el entorno económico global, a partir de reglas precisas y claras que garanticen no solo atraer inversión extranjera, sino que faciliten la expansión de los negocios por parte de empresarios nacionales, cuyos productos y servicios trascenderán fronteras, generando mayor bienestar”.

29. Segundo, el modo en que pretende regularse la materia desconoce la Constitución. En efecto, el artículo demandado sugiere “el otorgamiento de una potestad amplia, desprovista de un marco legal que deba seguir el ejecutivo para el desarrollo de la potestad o delegación que se otorga”. En efecto, “[l]a autorización dada por el Congreso al Ejecutivo, (...) carece de fundamento constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 333 de la Carta Política”. Igualmente “excede las facultades dadas por la propia Constitución en virtud del principio de legalidad y de la reserva legal, establecida como factor de competencia básica del legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150, num. 21, de la misma preceptiva”.

30. Tercero. En este contexto debe considerarse que al definir las obligaciones y los derechos de las partes se podría limitar la autonomía de los particulares y establecer sanciones negociales (nulidad, ineficacia, inexistencia o inoponibilidad), regulación que solo le corresponde al legislador. En estrecha relación con ello debe considerarse que una regulación en esta materia podría afectar normas comunitarias relativas, por ejemplo, a la propiedad industrial.

III. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

tecnológicas o aportes más abstractos como ideas de negocio (...). Igualmente, muchos abogan también para que la definición incluya el carácter de colaboración empresarial que tiene el contrato, donde dos empresarios independientes (o más), colaboran para un proyecto u objetivo en común (...). Por último, una parte de la doctrina también tiende a incluir las obligaciones y derechos del franquiciado en la definición, como los son seguir las instrucciones de manera estricta por parte del franquiciante y guardar la reserva comercial de forma confidencial”.

¹¹ Suscriben el documento Édgar Iván León Robayo y William David Hernández Martínez, docentes del Departamento de Derecho Privado.

31. Solicita a la Corte que se declare la exequibilidad bajo el entendido de que la norma que expida el Gobierno Nacional será de carácter supletivo. Para fundamentar esa conclusión presenta, en síntesis, los siguientes argumentos.

32. Primero, si bien la deslegalización es constitucionalmente posible ella no ha sido admitida en los casos en los cuales de la Constitución se deriva la existencia de una reserva legislativa. Del artículo 333 se desprende que en materia de delimitación de las libertades económicas existe dicha reserva.

33. Segundo, la regulación de los contratos comerciales puede comprender, de un lado, normas que tienen por objeto facilitar la negociación de los contratos y suplir la voluntad de las partes cuando no la han manifestado en un punto particular y, de otro, disposiciones de naturaleza imperativa que limitan su autonomía al impedir pactar en contra de ellas.

34. Tercero, la deslegalización de una materia con el fin de que se adopten normas supletivas no afecta las libertades económicas y, por el contrario, puede promover e incentivar el desarrollo del negocio jurídico correspondiente.

35. Cuarto, en atención a que la disposición demandada prevé un traslado general de competencias, plantea problemas de inconstitucionalidad en tanto la reglamentación que se adopte por el Gobierno podría limitar la libertad económica de las partes. Bajo esa perspectiva, dado que las normas supletivas no implican dicha restricción, la Corte puede declarar la constitucionalidad condicionada de la disposición en el sentido antes mencionado. Ello, además, contribuiría a superar la deficiencia regulatoria existente en la actualidad.

IV. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Corte es competente para conocer del presente proceso de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución.

Planteamiento del problema jurídico, síntesis de la decisión y método

2. El demandante cuestiona que el legislador haya delegado en el ejecutivo la reglamentación de una materia que no ha sido previamente regulada mediante una disposición legal. Advierte que el contrato de franquicia, cuyas *condiciones técnicas, obligaciones y régimen de responsabilidad* deben definirse por el Gobierno Nacional -según la disposición que se impugna-, no ha sido regulado por la ley. Por ello, la competencia para “reglamentar” viola la cláusula de reserva legislativa establecida en el artículo 333 de la Constitución conforme al cual “[l]a ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Sostiene entonces que la inexistencia de normas legislativas que disciplinen el contrato de franquicia -estableciendo sus elementos esenciales o sus características mínimas- impide que el legislador asigne esa tarea al Gobierno Nacional.

3. La mayoría de las intervenciones y la Procuraduría General de la Nación coinciden con el demandante en que la medida resulta contraria a la Constitución. Una de ellas, así como la de la representante del Ministerio Público, indican que la Corte debe modular su decisión declarando que la competencia de reglamentación únicamente permitiría la adopción de disposiciones supletivas. A su vez, la Cámara Colombiana de Franquicias defiende la constitucionalidad de la disposición solicitando que, si la Corte encuentra objeciones de constitucionalidad, debe preservarse la potestad del Gobierno Nacional para regular “*las condiciones técnicas y las estrategias que permitan*” la promoción del contrato de franquicia.

4. Conforme al sentido de la acusación y a las intervenciones presentadas en esta oportunidad corresponde a la Corte establecer si reconocer al Gobierno Nacional la competencia para *reglamentar las condiciones técnicas que definen la franquicia, así como las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado*, constituye una infracción de la reserva legal establecida en el inciso final del artículo 333 de la Constitución.

5. La Corte afirmará que la disposición demandada es inconstitucional. Tal conclusión se fundamentará en las siguientes razones. **Primero**, en materia de intervención del Estado en la economía y delimitación de las libertades económicas, la Carta Política prevé una reserva legislativa que deriva de la interpretación conjunta de los artículos 150.21, 333 y 334 de la Constitución. **Segundo**, dicha reserva impone -como condición necesaria para activar la facultad reglamentaria del Presidente de la República prevista en el artículo 189.11- que el Congreso delimite, de modo suficiente, la libertad económica de la que se trate. **Tercero**, la disposición acusada es una medida de intervención económica que pretende, mediante la regulación del contrato atípico de franquicia, delimitar la libertad de empresa y, en particular, la libertad de contratación que a ella se adscribe. **Cuarto**, no obstante que para regular las libertades económicas se ha establecido un reparto de competencias entre el legislador y el Gobierno Nacional, el artículo 11 de la Ley 2069 de 2020 no fijó un contenido legislativo mínimo, vulnerando la reserva legal prevista en los artículos 150.21, 333 y 334 de la Constitución.

6. Con el objeto de fundamentar la decisión, la Sala Plena seguirá el siguiente orden. Inicialmente caracterizará el régimen constitucional que rige la regulación de la “Constitución Económica”. A continuación, se referirá a la atipicidad contractual a fin de precisar la naturaleza y régimen jurídico del contrato de franquicia. Finalmente, establecerá el alcance de la disposición demandada, su relación con el inciso final del artículo 333 y las razones específicas de su inconstitucionalidad.

7. En atención a lo dicho, es importante introducir una precisión preliminar. El demandante acusó un segmento del primer inciso y la totalidad del segundo del artículo 11 de la Ley 2069 de 2020. Su planteamiento, sin embargo, no impugna específicamente los límites que allí se imponen al Gobierno Nacional para promover el modelo de franquicias. Por ello, la Corte únicamente se ocupará de juzgar la expresión “*Para estos efectos, reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar*” del primer inciso y la expresión “*condiciones técnicas y*” del segundo.

8. Esta delimitación del objeto de control se justifica al menos por dos razones. De una parte, la acusación tiene por objeto cuestionar el alcance de la facultad reglamentaria conferida al Gobierno Nacional respecto del contrato de franquicia y, en consecuencia, no tiene como propósito impugnar la totalidad de los contenidos adscritos al artículo 11 de la ley 2069 de 2020. De otra parte, en atención a que la configuración de la cosa juzgada constitucional depende, entre otras cosas, de la identidad del objeto que ha sido controlado en el pasado y aquel que se controlará¹², precisar los contenidos normativos que será examinados por la Corte, confiere certidumbre a los ciudadanos y a las autoridades acerca del alcance de este pronunciamiento.

Intervención en la economía, delimitación de las libertades económicas y reserva legal

9. En esta sección, la Corte se referirá a los principios y reglas que definen la Constitución Económica. En especial, indicará los criterios que orientan la distribución de competencias de regulación entre el Congreso y el Ejecutivo cuando se trata de la intervención en la economía, reiterando los límites que la reserva democrática en materia de intervención económica le impone al Gobierno Nacional.

10. En la Carta Política de 1991 es posible reconocer una Constitución Económica¹³. Dicha categoría ha sido definida “como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito”¹⁴. Se encuentra conformada “por las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad

¹² Sobre ello la sentencia C-007 de 2016, entre muchas otras (C-225 de 2016, C-273 de 2016, C-287 de 2017, C-247 de 2019, C-117 de 2021, indicó: “*La delimitación de aquello que constituye la materia juzgada exige analizar siempre dos elementos: el objeto de control y el cargo de inconstitucionalidad. Conforme a ello existirá cosa juzgada si un pronunciamiento previo de la Corte en sede de control abstracto recayó sobre la misma norma (identidad en el objeto) y si el reproche constitucional planteado es equivalente al examinado en oportunidad anterior (identidad en el cargo). // Se tratará del mismo objeto de control cuando el contenido normativo que fue juzgado previamente es igual al acusado, o bien porque se trata del mismo texto, o bien porque -pese a sus diferencias- producen los mismos efectos jurídicos. La variación de algunos de los elementos normativos, o la modificación de su alcance como consecuencia de la adopción de nuevas disposiciones, son circunstancias que pueden incidir en el objeto controlado. // Será el mismo cargo cuando coinciden el parámetro de control que se invoca como violado y las razones que se aducen para demostrar tal infracción. De acuerdo con ello, si las normas constitucionales que integraron el parámetro de control sufren una modificación relevante o, sin ocurrir tal variación, el tipo de razones para explicar la violación son diferentes, no podrá declararse la existencia de cosa juzgada y procederá un nuevo pronunciamiento de la Corte*”.

¹³ La jurisprudencia constitucional ha reconocido también la existencia de las ideas de Constitución Cultural y Constitución Ecológica. Sobre la primera, la sentencia C-742 de 2006 indicó: “*Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumento para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural (...), entiende la cultura como valor, principio y derecho que deben impulsar las autoridades*”. Sobre la segunda, la sentencia C-219 de 2017 señaló: “*(...) el medio ambiente fue una de las principales preocupaciones del Constituyente de 1991 (...), el cual quiso imprimir un nuevo paradigma en la relación de la sociedad colombiana con la naturaleza y su entorno, al punto que hoy en día a la Carta Política se le da el apelativo de “Constitución ecológica” o “Constitución verde”. Como reflejo de esta preocupación, en gran parte del cuerpo normativo de la Carta Política fueron consagradas treinta y tres cláusulas que le otorgan un interés superior al medio ambiente*”.

¹⁴ Sentencia C-865 de 2004.

material productiva”¹⁵. Este punto de partida implica que de sus disposiciones deriva un haz de reglas y principios que establece (i) los propósitos de la intervención del Estado en actividades relacionadas -entre otras cosas- con la producción, circulación y consumo de bienes y servicios (arts. 150.21 y 334). Igualmente, bajo esta idea (ii) tiene lugar el reconocimiento de la libertad de empresa y la libre competencia económica (art. 333), en virtud de las cuales las personas pueden concurrir al desarrollo de diferentes actividades económicas¹⁶.

11. La interacción de esas dos dimensiones, la que apoya la intervención del Estado y la que se opone a ella para ampliar el ejercicio de la libertad individual, ha permitido identificar intensidades variables de injerencia “según el sector económico sobre el cual recaiga”¹⁷. De acuerdo con esta perspectiva “mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados estratégicos puede ser muy intensa al punto de eliminar la iniciativa privada (Art. 365 Constitución Política) (...), en otros sectores tiene un menor grado”¹⁸ y “opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos (Art. 333)”¹⁹.

12. Los fines de la intervención en la economía se articulan y ensamblan con las libertades económicas, a partir de una especie de imagen maestra identificada por la jurisprudencia temprana de este tribunal y sucesivamente reiterada. Según dicha imagen “el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”²⁰. A su vez, reconociendo una estrecha conexión entre las competencias legislativas para delimitar las libertades económicas y las atribuciones de intervención del Estado en su condición de director general de la economía, la Corte ha sostenido que “la libertad económica no se puede examinar en forma independiente del contenido del artículo 334 de la Constitución, en cuanto establece que el Estado ‘intervendrá para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos’ (...)”²¹.

13. Además de las normas constitucionales sustantivas -las que fijan los fines de la intervención y las libertades protegidas- existe también un conjunto de

¹⁵ Sentencia C-265 de 2004.

¹⁶ Sobre el vínculo entre las diferentes dimensiones de la Constitución Económica puede encontrarse, entre otras, la sentencia C-352 de 2009.

¹⁷ Sentencia C-616 de 2001.

¹⁸ Sentencia C-616 de 2001.

¹⁹ Sentencia C-616 de 2001. En la sentencia C-378 de 2008 la Corte explicó que la jurisprudencia ha señalado “*que la posibilidad de establecer restricciones y límites en materia económica no es la misma en todos los campos*”.

²⁰ Sentencia C-074 de 1993. Este enunciado ha sido reiterado por la Corte, entre muchas otras, en las sentencias C-1041 de 2007, C-186 de 2011, C-909 de 2012 y C-347 de 2017. Esta misma perspectiva fue presentada, en otras palabras, en la sentencia C-535 de 1997 al indicar, de una parte, que “*la economía de mercado es un elemento constitutivo de la Constitución económica de cuyo funcionamiento adecuado depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores*” y, de otra, que “*la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas*”.

²¹ Sentencia C-359 de 2016. En similar sentido, la sentencia C-233 de 1997 había ya señalado que las libertades económicas “*tienen una incidencia de tal magnitud en la comunidad y en el cumplimiento de los objetivos que el Estatuto Superior atribuye a la organización política, que las repercusiones de su ejercicio trascienden el ámbito particular e involucran un indudable interés social, lo que explica por qué, al lado de su garantía, se hace énfasis en su necesaria compatibilidad con nociones tales como el bien común y las responsabilidades y obligaciones sociales*”.

principios formales, de competencia o de funcionamiento que señalan los mecanismos cuyo empleo permite concretar la Constitución Económica. Concurren diferentes autoridades e instrumentos en esa dirección. El Congreso (arts. 150.21, 333 y 334), el Gobierno Nacional (art. 189), el Banco de la República (arts. 370, 371 y 372), las Superintendencias y Agencias del Estado (art. 211), las autoridades departamentales (art. 300 núm. 2 y 3, art. 305. núm. 4 y 6) y municipales (art. 313 núm. 2 y art. 315 núm. 5). Las extendidas competencias de intervención en la actividad económica tienen lugar, en todo caso, “no para anularla sino con el fin de racionalizarla”²². En el asunto que ahora decide la Sala, interesa particularmente la forma en que la Carta fijó la distribución de competencias entre el Congreso y el Gobierno Nacional, esto es, entre la legislación y el reglamento.

14. Desde sus primeras decisiones la Corte afirmó que “el reparto de las competencias entre la ley y el reglamento en materia de intervención del Estado no es el mismo en todas las actividades económicas”²³. Según este tribunal “para proteger la libertad económica, la dirección estatal se efectúa por el Gobierno con base en leyes de intervención que deben precisar sus fines, sus alcances y los límites de la libertad económica (CP art. 150 ord 21)”²⁴ mientras que en otras áreas “la intervención se efectúa con base en leyes marco, que son normas más generales, pues en ellas el Congreso fija únicamente los objetivos y criterios de la acción gubernamental (CP art. 150 ord 19)”²⁵.

15. Bajo esta premisa, la de un necesario reparto competencial, este tribunal ha precisado los criterios para articular las atribuciones legislativas con las reglamentarias. Una doble distinción ha sido central. De una parte, la existente entre el principio de legalidad y la reserva de ley. El primero reconoce que la cláusula general de competencia se radica en “los órganos de representación democrática”²⁶ confiriendo la función para “expedir normas jurídicas de naturaleza vinculante”²⁷, mientras que la reserva de ley implica que “por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias”²⁸. De otra parte, ha insistido en la diferencia de las reservas de ley ordinaria y especial. La primera se activa “cuando la Constitución, de manera expresa, ha señalado que determinadas materias específicas deben ser reguladas directamente por el legislador”²⁹ al tiempo que la segunda exige que el Congreso, al disciplinar determinados asuntos, imparta “un trámite particular, relacionado generalmente con un mayor grado de exigencia en las mayorías congresionales exigidas para la aprobación del proyecto correspondiente”³⁰.

²² Sentencia C-389 de 2002.

²³ Sentencia C-176 de 1996.

²⁴ Sentencia C-176 de 1996.

²⁵ Sentencia C-176 de 1996.

²⁶ Sentencia C-228 de 2010.

²⁷ Sentencia C-228 de 2010.

²⁸ Sentencia C-228 de 2010.

²⁹ Sentencia C-228 de 2010.

³⁰ Sentencia C-228 de 2010. La sentencia C-829 de 2010 se refirió a estas distinciones indicando: “De esta modalidad de articulación de competencias entre la ley y el reglamento se desprende lo que en ocasiones se ha llamado una reserva general de ley (...), por virtud de la cual toda actuación del Estado que implique afectar la esfera de libertad de los particulares, que establezca derechos y obligaciones o que delimite los ámbitos competenciales definidos por la Constitución, debe tener como soporte una norma con fuerza material de ley. Se trata de un principio general, que se afirma sin perjuicio de la especial remisión que la Constitución haga a la ley para la regulación de ciertas materias o de la posibilidad de que en la Carta se establezcan reservas especiales de ley, por virtud de las cuales, para la regulación de determinadas materias se requiera una ley en sentido formal y material, de manera que se excluya la posibilidad de la delegación de facultades legislativas”.

16. En estrecha conexión con lo señalado, esta corporación ha indicado que la Constitución restituyó el “*protagonismo al Congreso en materia económica*” de modo que “corresponde al Legislador definir en lo esencial el ámbito y los fines de la intervención estatal en los procesos económicos”³¹ o, dicho de otra manera, esa tarea “descansa primordialmente en el Congreso”³². Para la Sala “este reparto de competencias no sólo busca fortalecer la deliberación pública democrática en el campo económico sino que constituye también una garantía institucional a la libertad de empresa”³³ y, en esa dirección, “[l]as exigencias del ordinal 21 del artículo 150 sobre las leyes de intervención no son entonces caprichosas, ya que por medio de ellas se busca que el particular tenga seguridad jurídica sobre los alcances y fines de la intervención gubernamental, así como sobre el espacio en el cual conserva su libertad económica”³⁴. De esta manera, la restricción de las libertades se encuentra sometida a una “*reserva democrática*”³⁵.

17. El Congreso, aunque protagonista, no se encuentra solo en esta materia. En efecto, su intervención en materia económica “se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público”³⁶. Sostiene la Corte que “en virtud de los principios democrático y *pro libertate*, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, es una materia sujeta a reserva de ley”³⁷. Por ello es su responsabilidad “definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas”³⁸. En otras palabras, también de este Tribunal, “la intervención del Estado en la economía puede darse a través de múltiples niveles y modalidades, a condición de que tales actuaciones públicas estén precedidas de norma legal que regule el modo y grado de intervención”³⁹.

18. En esa dirección ha indicado recientemente la Corte que “[l]a reserva de ley en esta materia no implica que ‘todo acto de intervención estatal en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y de las libertades económicas tenga que hacerse directamente por medio de la ley’ (...), y tampoco exige que el legislador fije todos los elementos específicos de la limitación al ejercicio de estas libertades”⁴⁰. En cualquier caso “[l]a Constitución (...) impone al legislador la obligación de definir las reglas mínimas de la intervención económica, a saber: (i) las finalidades de la intervención, (ii) la materia sobre la cual recae, (iii) los instrumentos mediante los cuales se desarrolla y (iv) la fijación de reglas ‘claras y precisas’ (...) que determinen el contenido de las facultades del órgano regulador llamado a concretarla (...)”⁴¹.

19. La puesta en marcha de la Constitución Económica no queda entonces agotada con la actuación del Congreso. Allí donde este termina, el Gobierno Nacional -ahora en una posición subordinada- continúa la labor regulatoria. En

³¹ Sentencia C-176 de 1996.

³² Sentencia C-478 de 1992.

³³ Sentencia C-176 de 1996.

³⁴ Sentencia C-176 de 1996.

³⁵ Sentencia C-486 de 2009.

³⁶ Sentencia C-197 de 2012.

³⁷ Sentencia C-197 de 2012.

³⁸ Sentencia C-197 de 2012.

³⁹ Sentencia C-830 de 2010.

⁴⁰ Sentencia C-056 de 2021.

⁴¹ Sentencia C-056 de 2021.

efecto, “por mandato del 189-11 superior, el Ejecutivo puede intervenir en la regulación de la economía en ejercicio de sus potestades reglamentaria y de inspección, vigilancia y control (...)”⁴². Esa tarea, en tanto se sujeta a la ley implica que “ni el reglamento ni las labores de inspección, vigilancia y control pueden ser una fuente autónoma de obligaciones”⁴³. En la función de regulación al Gobierno le corresponde “llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la ley”⁴⁴. De esa manera, se autoriza “que el reglamento prevea las reglas más específicas”⁴⁵ siempre y cuando “está tarea se circunscriba a los tópicos previstos por el legislador y, en ningún caso, sirva de fuente autónoma de obligaciones o demás deberes jurídicos”⁴⁶.

20. El ejercicio de la competencia reglamentaria constituye entonces la otra cara de la moneda de la reserva legal. En efecto, el adecuado ejercicio de dicha competencia tiene una relación directa con la forma en que el Congreso cumple sus funciones legislativas. Ha dicho recientemente la Corte que la reglamentación por parte del Congreso implica, primero, su carácter “inalienable, intransferible e inagotable (...) [que] ‘se amplía o restringe en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos’ (...), [particularmente] su facultad de configuración normativa”⁴⁷; segundo, el deber de ejercerla “únicamente sobre las disposiciones de la ley a reglamentar, no resultando posible que la misma se utilice “para reglamentar asuntos que discrepen sustancialmente de la norma identificada como objeto de esa potestad”⁴⁸ (...); y tercero, la prohibición de “*ampliar, restringir o modificar el contenido de la ley*”⁴⁹

21. Se trata entonces de competencias que “se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos”⁵⁰. Ha señalado este tribunal, que la intervención “se surte por cuenta de varios poderes” (...) y a través de diferentes

⁴² Sentencia C-197 de 2012. En igual dirección, la sentencia C-347 de 2017 indicó: “*La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos*”. En la misma dirección y entre otras, se encuentra la sentencia C-148 de 2015.

⁴³ Sentencia C-197 de 2012.

⁴⁴ Sentencia C-197 de 2012.

⁴⁵ Sentencia C-228 de 2010.

⁴⁶ Sentencia C-228 de 2010.

⁴⁷ Sentencia C-037 de 2021.

⁴⁸ Sentencia C-037 de 2021.

⁴⁹ Sentencia C-037 de 2021. Sobre el alcance de la facultad reglamentaria el Consejo de Estado ha señalado, de modo concordante con la jurisprudencia de esta corporación, lo siguiente: “El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos (...), motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. // En consecuencia, el poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario y, al contrario, si ella sólo regula aspectos o reglas generales para su aplicación, más amplio será el campo de desarrollo del reglamento, acorde con las exigencias requeridas para su cumplimiento”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de diciembre de 2007.

⁵⁰ Sentencia C-347 de 2017.

instrumentos de regulación”⁵¹. En cualquier caso, el centro de impulsión de la regulación es el Congreso a quien corresponde “*determinar los aspectos esenciales de la intervención económica, incluso a partir de fórmulas amplias, pudiendo adscribir a dichas autoridades la facultad de definir los aspectos técnicos y puntuales, cuya determinación asegure el cumplimiento efectivo de las finalidades constitucionales de la intervención*”⁵². Luego de que ello ha ocurrido y solo en ese momento las atribuciones reglamentarias se activan. La autorización para su ejercicio prematuro constituye una infracción de la reserva de ley que rige en virtud de lo dispuesto en los artículos 150, 333 y 334 de la Constitución.

22. La relación entre la ley y el reglamento puede variar según las dimensiones de la actividad económica. No es posible establecer para todos los casos una relación definitiva entre el grado mínimo de legislación -materialidad legislativa- y el nivel máximo de reglamentación. No es lo mismo regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora que se sujetan a la técnica de las leyes marco (art. 150.19)⁵³ y en las cuales las competencias del ejecutivo se dilatan, que adoptar normas que atribuyen competencias sancionatorias a las autoridades administrativas⁵⁴. Igualmente, puede no ser equivalente la competencia del legislador para autorizar la fijación de requisitos o permisos relacionados con el ejercicio de la iniciativa privada (art. 333, inc. 1) que la prevista para adoptar normas que aseguren la libre competencia (art. 333, inc. 4) o delimiten las libertades económicas (art. 333, inc. 5). Sin embargo, será siempre imprescindible que el legislador haya establecido un punto de partida suficiente que pueda erigirse en un límite real a la actividad de reglamentación, esto es, una base fundamental de reserva democrática. Aunque complementaria, la tarea de reglamentar se subordina a la obra del legislador⁵⁵.

23. En suma y siguiendo el precedente, la Sala considera que “aunque la intervención del Estado en la economía se lleva a cabo a través de distintas autoridades públicas y de diversos instrumentos, por expreso mandato constitucional, el primero en cumplir con esa labor es el Congreso de la República”⁵⁶. Por ello, es a esa corporación a quien “le corresponde señalar los criterios conforme a los cuales, las demás autoridades intervendrán en la economía, así como los instrumentos y los límites que deben seguir en el ejercicio de esa potestad”⁵⁷.

24. Una vez presentados algunos de los principios o criterios que orientan la interpretación sustantiva de la Constitución Económica, así como las autoridades e instrumentos con cuya actuación y empleo la misma se actualiza, la Corte

⁵¹ Sentencia C-352 de 2009.

⁵² Sentencia C-228 de 2010.

⁵³ Es importante referir que en materia de actividad financiera bursátil y aseguradora el diseño constitucional prevé además de las competencias de regulación, las relacionadas con la intervención, autorización e inspección vigilancia y control (arts. 335 y 189.4).

⁵⁴ Esa relación puede ser también diferente en áreas en las cuales el principio democrático acentúa su fuerza, tal y como ocurre por ejemplo en materia penal y tributaria. Sobre esta última, la sentencia C-030 de 2019 indicó: “*Bajo el ordenamiento constitucional colombiano, los principios de legalidad y certeza tributaria se violan cuando el Legislador confiere a las autoridades gubernamentales la competencia para definir uno de los elementos esenciales de las obligaciones tributarias sustantivas, salvo que se trate de tasas o contribuciones, casos en los que la administración puede definir la tarifa, pero de conformidad con el método y el sistema que la ley establezca*”.

⁵⁵ Sentencia C-491 de 2007. La Corte ha dicho también que la potestad reglamentaria, además de tener un carácter subordinado, es subsidiaria y complementaria. Sentencia C-782 de 2007.

⁵⁶ Sentencia C-352 de 2009.

⁵⁷ Sentencia C-352 de 2009.

encuentra necesario ocuparse del estatus del contrato de franquicia. Ello tiene por objeto identificar su naturaleza típica o atípica y, en consecuencia, las fuentes que lo rigen en la práctica negocial.

Atipicidad contractual, sistema de fuentes y contrato de franquicia

25. La tipicidad en el ámbito del Derecho Privado se refiere, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, a una “particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de “tipos” los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares”⁵⁹. Mediante esos tipos se delimita “una noción abstracta de dichas realidades (...) con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos”⁶⁰.

26. La tipicidad contractual tiene por objeto, ha dicho ese mismo tribunal, “ordenar las disposiciones negociales a través de tipos contractuales, mediante un proceso que toma como punto de partida la especificación, con sustento en un conjunto de datos o coordenadas generales, fruto de la autonomía privada de las partes, es decir, el contrato, para, a partir de allí, agregar las notas particulares y distintivas que dan lugar a los diversos arquetipos de contrato”⁶¹. En esa dirección ha sostenido que “[c]uando dichos tipos están previstos en normas legales (...), la tipicidad presupone la existencia de negocios jurídicos normativamente hipotéticos, a los cuales, cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla legal”⁶².

27. Precisamente la atipicidad se configura cuando no existe un régimen jurídico previo que reconozca y discipline, en sus aspectos centrales, una determinada forma contractual⁶³. Tal fenómeno, también ha dicho la jurisprudencia, existe cuando la ley apenas se refiere a un determinado contrato, de modo que “no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel (sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características”⁶⁴. Incluso ello puede ocurrir cuando “el legislador ha precisado alguno de sus elementos, en el entendido (...) de que no exista una regulación autónoma, propiamente dicha, circunstancia que explica, al amparo de la doctrina moderna, que puedan existir contratos previstos,

⁵⁸ No le corresponde a la Corte una elaboración completa y detallada del fenómeno de la atipicidad contractual y, por ello, las consideraciones que se presentan se apoyan en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de tribunales de arbitramento. Es claro que dicho fenómeno admite diversas aproximaciones y matices que no deben analizarse ni agotarse en esta oportunidad.

⁵⁹ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁶⁰ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁶¹ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁶² Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁶³ La Corte Constitucional se ha referido a este fenómeno: “*Los contratos, por regla general, están tipificados en la ley con sus elementos de forma clara y expresa para que se conozca con anterioridad ante qué tipo de acuerdo de la voluntad se someten las partes; puede suceder que en el mundo cambiante del tráfico comercial y jurídico surjan distintos tipos de contratos que no pueden encajar en alguno de los actos legalmente reglamentados por la ley*”. Sentencia T-002 de 2017.

⁶⁴ Sentencia del 13 de diciembre de 2002. Ref. Expediente No. 6462.

pero no disciplinados”⁶⁵. O cuando se constata “la ausencia de regulación normativa suficiente”⁶⁶.

28. La jurisprudencia arbitral colombiana ha destacado que un contrato se calificará como típico “siempre que constituya o corresponda a un acuerdo de voluntad plasmado y regulado en el ordenamiento legal, es decir, siempre que constituya o corresponda a un tipo jurídico contractual (como el contrato de compraventa, arrendamiento, seguro, etc.) (...)”⁶⁷. En todo caso “no cualquier regulación, *per se*, implica tipicidad, toda vez que tanto la jurisprudencia como un sector dominante de la doctrina han coincidido en señalar que un contrato solamente será típico si goza de una regulación que, además de integral, sea legal en el sentido formal del término, de tal suerte que si el acuerdo de voluntades no ha sido expresamente regulado en una ley de la República o en un decreto con fuerza de ley, o uno de estirpe similar, será considerado atípico (...)”⁶⁸.

29. La atipicidad contractual suscita al menos dos cuestiones. Una de ellas se relaciona con el estatus del acuerdo contractual e impone “precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico – social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento”⁶⁹. La otra se vincula a “las reglas jurídicas que los disciplinan”⁷⁰, esto es, las fuentes del derecho a las que se sujeta la relación negocial.

30. Sobre este segundo asunto no pueden enunciarse reglas definitivas, al depender ello de las normas vigentes en cada área del ordenamiento. En materia mercantil la Corte Suprema ha sostenido, con apoyo en el título preliminar del Código de Comercio, que deben aplicarse “las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público”⁷¹. A continuación, deben ser consideradas “tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales”⁷². En adición a ello, “debe acudir a un proceso de auto integración”⁷³ apoyándose en la regulación de aquel “contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante”⁷⁴.

31. El procedimiento de autointegración, dirigido a superar la laguna legal, exige acudir al razonamiento analógico. Bajo esa perspectiva, dicho tribunal ha indicado la utilidad de establecer una triple distinción en materia de contratos atípicos. Primero, existen aquellos que tienen “afinidad con un solo contrato nominado determinado”⁷⁵ caso en el cual deberán “aplicarse analógicamente las reglas escritas para el correspondiente contrato nominado”⁷⁶. Segundo, los contratos “que resulten con elementos atinentes a varios y diversos contratos

⁶⁵ Sentencia del 13 de diciembre de 2002. Ref. Expediente No. 6462.

⁶⁶ Sentencia del 13 de diciembre de 2002. Ref. Expediente No. 6462.

⁶⁷ Laudo de fecha 4 de abril de 2011. Tribunal de Arbitramento La Distribuidora y Cía. Ltda. contra Bavaria S.A. Árbitros. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Jose Armando Bonivento Jiménez.

⁶⁸ Laudo de fecha 4 de abril de 2011. Tribunal de Arbitramento La Distribuidora y Cía. Ltda. contra Bavaria S.A. Árbitros. Juan Pablo Cárdenas Mejía, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Jose Armando Bonivento Jiménez.

⁶⁹ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷⁰ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷¹ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷² Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷³ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷⁴ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷⁵ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷⁶ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

nominados”⁷⁷ evento en el cual se ha admitido acudir al método de la absorción “según el cual debe buscarse un elemento prevalente que atraiga los elementos secundarios, lo que permitiría someterlo al régimen del contrato nominado pertinente” o al de la combinación que impone “desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno (...)”⁷⁸. Tercero, los acuerdos “que no tienen ningún parentesco conceptual con figuras conocidas y un contenido absolutamente extraño a los tipos legales”⁷⁹, hipótesis en la cual se seguirán las reglas mencionadas. En todo caso, se ha dicho también, será posible la aplicación “de los principios generales, como informadores del sistema jurídico”⁸⁰.

32. La Corte encuentra que el contrato de franquicia, a pesar de encontrarse enunciado en algunas disposiciones legales, por ejemplo de naturaleza tributaria y contable⁸¹, está desprovisto de un régimen particular que establezca los elementos que lo definen. Precisamente la jurisprudencia arbitral ha señalado “que el contrato de franquicia es un contrato atípico que surgió en los Estados Unidos y se ha desarrollado a través de la práctica comercial”⁸². Tal acuerdo “se caracteriza porque a través del mismo el franquiciante o franquiciador se obliga a transmitir a otra parte, el franquiciado, un Know how, esto es, un saber hacer, le concede una licencia para el uso de signos distintivos, y le presta asistencia comercial y técnica, a cambio de que el franquiciado, le pague una contraprestación, desarrolle el negocio de acuerdo con el Know how, y utilice una denominación común y una presentación uniforme, de conformidad con lo previsto en el contrato”⁸³. Según ese pronunciamiento “[l]a franquicia permite

⁷⁷ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁷⁸ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817. En esa dirección indicó además la Corte: “*En ese orden de ideas, sería siempre posible desintegrar cada contrato nominado en sus componentes y buscar qué disciplina corresponde a cada uno de dichos componentes, “estableciéndose una especie de ‘alfabeto contractual’, al que se podría recurrir para aplicar la disciplina jurídica de cada uno de los contratos mixtos, mediante una ‘dosificación’ de normas –o de grupos de normas-, o de varias disciplinas jurídicas en combinación, lo cual daría el resultado que se busca”*”

⁷⁹ Sentencia del 22 de octubre de 2001. Ref. Expediente No. 5817.

⁸⁰ Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2002. Expediente No. 6462- Sobre el régimen de fuentes aplicable a los contratos atípicos y en particular refiriéndose al contrato de leasing, la Corte Suprema indicó: “*Bajo este entendimiento, si el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que éstos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo. No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por “las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público”; en segundo lugar, por “las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales” y, finalmente, ahí sí, “mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante” (cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp: 5817), lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico”.*”

⁸¹ Ello ha ocurrido, por ejemplo, en el párrafo del artículo 426 del Estatuto Tributario, así como en el párrafo tercero del artículo 337 de ese mismo Estatuto. Igualmente, el artículo 2 del Decreto Legislativo 789 de 2020 hace referencia al contrato de franquicia al regular una exclusión transitoria respecto del impuesto a las ventas. La regulación contable se ha referido también al contrato de franquicia tal y como ocurre en los artículos 14 y 15 del Decreto 2650 de 1993, objeto de algunas variaciones posteriores.

⁸² Laudo de fecha 14 de diciembre de 2016. Tribunal de Arbitramento Inversiones Flydent S.A. vs. Inversiones Dama Salud S.A. Árbitro. Juan Pablo Cárdenas Mejía. En igual dirección se encuentra, por ejemplo, el Laudo de fecha 10 de diciembre de 2010. Tribunal de Arbitramento de Inversiones y Representaciones Gor E.U. vs. Eventos Sociales y Empresariales Ltda. Árbitro. José Luis Reyes Villamizar. En esa providencia se indicó que tenía tal naturaleza “*en tanto no se encuentra definido ni regulado por la legislación nacional ni subregional andina*” de manera que “*serán las partes las que en desarrollo del postulado de la autonomía de su voluntad, establezcan derechos y obligaciones a su cargo*”.

⁸³ Laudo de fecha 14 de diciembre de 2016. Tribunal de Arbitramento Inversiones Flydent S.A. vs. Inversiones Dama Salud S.A. Árbitro. Juan Pablo Cárdenas Mejía.

entonces crear una red uniforme en la cual el público encuentra una homogeneidad de bienes o de servicios”⁸⁴.

33. La naturaleza atípica⁸⁵ y mercantil del contrato de franquicia plantea la cuestión relativa al régimen aplicable. No le corresponde a esta Corte ocuparse de resolver tal asunto. En todo caso, siguiendo lo que de modo general ha dicho la Corte Suprema de Justicia, puede afirmarse (i) que sin perjuicio de las normas generales de orden público que sean aplicables, (ii) el contenido y alcance específico del contrato se define mediante las estipulaciones contractuales establecidas al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 4 C. de Co.)⁸⁶. A su vez, (iii) en defecto de acuerdos sobre el contenido del contrato será aplicable la costumbre mercantil existente en esta materia⁸⁷ y, finalmente, las disposiciones legales que por analogía pudieran ser relevantes.

34. De lo expuesto en esta sección, se concluye que el contrato de franquicia, a pesar de que ha sido nominado en algunas disposiciones de orden tributario y contable, no cuenta con una regulación que se ocupe de sus principales elementos. Ello implica que se trata de un contrato atípico de naturaleza comercial para cuyo desarrollo la autonomía negocial y las prácticas mercantiles ocupan un lugar decisivo. Igualmente, en atención a las reglas que han sido definidas en la jurisprudencia, ante la existencia de las lagunas, estrechamente vinculadas a la propia idea de los contratos atípicos, resultará procedente acudir a la analogía a fin de enfrentar los vacíos.

35. Le corresponde ahora a la Sala presentar las razones por las cuales no puede el Congreso de la República, sin vulnerar la reserva legislativa que se desprende de los artículos 150.21, 333 y 334 de la Constitución, conferir al Gobierno Nacional la facultad de “reglamentar” las materias indicadas en el artículo 11 de la ley 2069 de 2020.

Los contenidos normativos acusados desconocen la reserva legal que se desprende del inciso final del artículo 333 de la Constitución

36. Como se indicó más arriba, la acusación sostiene que la competencia del Gobierno para reglamentar las condiciones técnicas del contrato de franquicia, las obligaciones que surgen entre franquiciante y franquiciado, así como la

⁸⁴ Laudo de fecha 14 de diciembre de 2016. Tribunal de Arbitramento Inversiones Flydent S.A. vs. Inversiones Dama Salud S.A. Árbitro. Juan Pablo Cárdenas Mejía. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el contrato de franquicia, como ocurre también con otras modalidades contractuales como el corretaje, la agencia mercantil, la consignación y la concesión, se caracterizan por integrar un grupo de acuerdos que, en el contexto de la internacionalización del comercio, tienen por objeto promover la distribución e intermediación. Sobre el particular pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias de la Sala de Casación Civil de fecha 27 de marzo de 2012 y 10 de septiembre de 2013.

⁸⁵ Así es expresamente reconocido en la exposición de motivos correspondiente al proyecto de ley No. 247 Senado “por medio de la cual se regula el contrato de franquicia y se dictan otras disposiciones – Ley Sueños y Franquicias”. Gaceta del Congreso 1833 de 2021. Pág. 3. Según la información disponible, el proyecto de ley se encuentra en su etapa inicial.

⁸⁶ Como lo indicó la Corte en la sentencia T-002 de 2017 “[e]n esta clase de actos jurídicos se refleja de una manera concreta el principio de la autonomía de la voluntad porque es en este tipo de contratos en los que las partes, consultando su mejor conveniencia, determinan libremente los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades”.

⁸⁷ En esa dirección, por ejemplo, las Cámara de Comercio de Bogotá y de Medellín han certificado la existencia de costumbres mercantiles relativas al alcance de los derechos y obligaciones del franquiciante y del franquiciado. Ello se encuentra disponible en <https://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles> y en <https://www.camaramedellin.com.co/articulos-y-noticias/noticias/nuevas-certificaciones-de-costumbre-mercantil>.

responsabilidad de uno y otro, desconoce la reserva legal que se desprende del inciso final del artículo 333 de la Carta. Esa disposición señala que “[l]a ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

37. Para abordar el cargo la Corte debe, primero, establecer si la regulación del contrato de franquicia puede clasificarse como una forma de delimitar las libertades económicas, según lo prescrito en el inciso final del artículo 333 de la Constitución. Solo en caso de arribar a una respuesta positiva, corresponderá establecer si la competencia para su reglamentación asignada al Gobierno Nacional se opone a la reserva legal o si puede considerarse como un válido reconocimiento de la facultad reglamentaria del artículo 189.11 de la Carta.

(i) **La regulación de las condiciones técnicas del contrato de franquicia, de las obligaciones de las partes y del régimen de responsabilidad de franquiciante y franquiciado puede considerarse una forma de delimitación de las libertades económicas, en particular de la libertad de empresa**

38. Con el fin de establecer si la regulación de las materias enunciadas en la disposición puede derivar en una delimitación de las libertades económicas en los términos del artículo 333 de la Constitución, la Corte (i) identificará las posiciones jurídicas que se adscriben a ese tipo de libertades y (ii) precisará lo que constituye una delimitación de las mismas. De estas dos cuestiones se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

39. En sus primeros pronunciamientos este tribunal destacaba, refiriéndose al artículo 333 de la Constitución, que del mismo se desprendía “un cuadro de garantías constitucionales para lograr una economía fundada en la sana competencia a nivel nacional y con instrumentos para impedir la concentración de la riqueza, las prácticas monopolísticas y la ineficiencia”⁸⁸. En ese sentido sostuvo que “[l]a industria, el comercio, la producción agrícola y ganadera, la intermediación financiera, la gestión empresarial en sus diversas modalidades, razonable y lícitamente ejercidos, son factores de desarrollo que la Constitución protege, y fuente legítima de progreso y bienestar para quien se ocupa en ellos”⁸⁹.

40. La libertad económica, primera de tales garantías, se define como “la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico según su preferencia, vocación e idoneidad, con miras a generar, mantener o incrementar patrimonio”⁹⁰. Esa libertad se desdobra a su vez -ha dicho la jurisprudencia- en dos libertades específicas que encuentran su lugar también en el artículo 333. La **libertad de empresa** reconoce la posibilidad de “afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios

⁸⁸ Sentencia T-612 de 1992.

⁸⁹ Sentencia C-374 de 1997.

⁹⁰ Sentencia C-909 de 2012. En similar sentido se encuentra la sentencia C-882 de 2014 al indicar que “[l]a libertad de empresa es la facultad que tienen los asociados de ejercer sin interferencias injustificadas cualquier actividad económica lícita”. Sobre el particular puede consultarse, entre otras, la sentencia C-486 de 2009. En la sentencia C-535 de 1997 la Corte indicó que “la libertad económica se resuelve en la preservación de centros privados de decisión relativamente autónomos que dentro de las coordenadas de la empresa definen su objeto específico, la articulación de los factores de producción, la organización de la actividad productiva, su financiación, desarrollo y terminación, de modo que las determinaciones sobre la oferta y demanda de bienes y servicios se reserve a la libertad y al cálculo de conveniencia o razón instrumental de los sujetos que participan en el mercado (...)”.

conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”⁹¹. Ha indicado, en otras palabras, que dicha libertad implica “la libertad de organización de los factores de producción”⁹² así como “la facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios”⁹³. A su vez, la **libre competencia** implica la garantía de concurrir al mercado ofreciendo las condiciones y ventajas comerciales que los competidores estimen del caso⁹⁴. Impone al Estado el deber de asegurar la posibilidad de que “un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones” emprendan “sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios.”⁹⁵ Según la Corte “supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita”⁹⁶.

41. Las libertades referidas, que no tienen por regla general naturaleza *iusfundamental*⁹⁷, pueden ser limitadas por varias razones directamente previstas en la Constitución. En efecto, el artículo 333 (i) impone a quienes desarrollan actividades económicas el deber de actuar de conformidad con el bien común⁹⁸; (ii) prevé que la libertad de competencia se sujeta al cumplimiento de responsabilidades; (iii) dispone que la empresa tiene una función social que implica obligaciones; (iv) proscrib el abuso de la posición dominante en el mercado; y (v) enuncia que el interés social⁹⁹, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación constituyen objetivos que puede invocar el legislador para delimitar las libertades económicas.

42. Estos límites específicos se complementan con otros que se derivan de una interpretación sistemática de la Constitución. Bajo esa perspectiva constituyen fundamentos válidos para restringir tales libertades, la protección del sistema de derechos constitucionales¹⁰⁰, la función ecológica de la propiedad y la protección del medio ambiente¹⁰¹. Precisamente la Corte ha destacado que en tanto la Carta Política “no ha acogido un modelo económico determinado, exclusivo y

⁹¹ Sentencia C-524 de 1995. En similar sentido y entre muchas otras, se encuentra la sentencia C-352 de 2009.

⁹² Sentencia C-616 de 2001. En esa oportunidad indicó la Corte: “*La libre iniciativa privada, conocida también como libertad de empresa, se fundamenta en la libertad de organización de los factores de producción, la cual incluye la libertad contractual, que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes*”.

⁹³ Sentencia C-228 de 2010.

⁹⁴ Sentencia C-197 de 2012.

⁹⁵ Sentencia C-882 de 2014.

⁹⁶ Sentencia C-882 de 2014.

⁹⁷ Sentencia C-830 de 2010.

⁹⁸ La sentencia C-492 de 2002 explicó: “*Los establecimientos abiertos al público, en desarrollo de la libertad económica e iniciativa privada, ofrecen a la comunidad bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades básicas, suntuarias, recreativas y culturales de la sociedad. Por ello, los controles sobre el ejercicio de la actividad comercial tienen una relación estrecha con la protección del bien común. Por ello, corresponde al Estado reglamentar la forma como los particulares ofrecen la prestación de bienes y servicios al público para así, garantizar condiciones mínimas de seguridad, salubridad, tranquilidad y moralidad públicas*”. Sobre las restricciones impuestas con fundamento en el bien común pueden consultarse también las sentencias C-630 de 2003 y C-352 de 2009.

⁹⁹ Sobre el interés social como razón para limitar las libertades económicas se encuentra, entre otras, la sentencia C-697 de 2008

¹⁰⁰ En esa dirección y entre muchas otras se encuentran las sentencias T-943 de 1999.

¹⁰¹ Sobre el particular se encuentra la sentencia C-894 de 2003. En esa oportunidad indicó que “*la exigencia de licencias ambientales constituye un típico mecanismo de intervención del Estado en la economía, y una limitación de la libre iniciativa privada, justificada con el propósito de garantizar que la propiedad cumpla con la función ecológica que le es inherente (C.N. art. 58)*”. Igualmente pueden consultarse las sentencias C-486 de 2009 y C-389 de 2016.

excluyente”¹⁰² y “sus normas deben ser interpretadas de manera armónica y coherente, evitando posiciones absolutas”¹⁰³, se sigue que “la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) (...)”¹⁰⁴.

43. La existencia de un margen para la elección de los fines que justifican la restricción de las libertades económicas no implica, naturalmente, la autorización de cualquier tipo de límite. En efecto, como ha sostenido este tribunal, “las restricciones a la libertad económica, de la que forman parte las libertades de empresa y competencia, resultan admisibles siempre y cuando los aspectos centrales de la restricción estén determinados en la ley y el límite impuesto responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo tal que no se anulen los contenidos esenciales de la libertad económica”¹⁰⁵. Bajo esa perspectiva y sin perjuicio de cláusulas específicas para su protección, esas libertades garantizan un ámbito de inmunidad resguardado a través del principio de proporcionalidad, de modo que sus límites deben satisfacer las exigencias que, según el caso, se adscriben a ese principio.

44. La delimitación que ahora se examina comprende diversas formas de regular las libertades de empresa y de competencia. En efecto, permite definir su **alcance**, los **límites** a los que se sujetan y la manera en que se **articulan** con otros intereses jurídicos relevantes. Sin necesidad de realizar precisiones particulares, es posible señalar que la competencia para *delimitar* incluye la posibilidad de *configurar*, *restringir* o *armonizar* las posiciones jurídicas que se anudan a las referidas libertades. No existe una sola forma de ejecutar esa tarea. El legislador puede adoptar regulaciones sectoriales, ocuparse de los agentes del mercado, establecer regímenes jurídicos particulares, promover determinados mercados o desincentivar otros.

45. Con apoyo en lo expuesto puede concluirse que la regulación de las *condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones que surgen de su celebración y el régimen de responsabilidad de franquiciante y franquiciado* es un desarrollo particular de una de las dimensiones de la Constitución Económica y en especial, **tiene por objeto y efecto una delimitación de las libertades económicas**. Esta conclusión se fundamenta en varias razones.

46. Primero. La libertad de contratación, ha dicho esta Corte, “se integra en el objeto propio”¹⁰⁶ de la libertad de empresa. Y, en esa dirección, esta última se “arriesgaría a perder toda fisonomía singular si a su titular se le privase injustificada e irrazonablemente de adoptar las decisiones básicas que contribuyen a formar una determinada unidad económica independiente, y que resultan determinantes para fijar el riesgo, la responsabilidad y el beneficio individuales”¹⁰⁷. Desde esa perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha

¹⁰² Sentencia C-398 de 1995.

¹⁰³ Sentencia C-398 de 1995.

¹⁰⁴ Sentencia C-398 de 1995. Precisamente en esa misma dirección ha destacado, en la sentencia C-717 de 2003, que “[l]os conceptos de libertad económica y de libre iniciativa privada no son absolutos y se encuentran forzosamente enmarcados dentro de postulados constitucionales de superior categoría que los restringen”.

¹⁰⁵ Sentencia C-882 de 2014.

¹⁰⁶ Sentencia C-535 de 1997.

¹⁰⁷ Sentencia C-535 de 1997.

sostenido que el ámbito de protección de la libertad de contratación incluye, entre otras cosas, la posibilidad de las personas de (i) definir si celebran un contrato y con quien; (ii) elegir, entre las opciones disponibles, el contrato adecuado para alcanzar sus propósitos; (iii) fijar el contenido del contrato y acordar el alcance de sus obligaciones y derechos; y (iv) elegir el juez del contrato¹⁰⁸.

47. Segundo. Regular las materias a las que se refiere el artículo demandado - condiciones técnicas de la franquicia, deberes de las partes y régimen de responsabilidad- exigirá caracterizar las operaciones que constituyen franquicia, identificar las obligaciones de quienes concurren a su celebración, precisar las consecuencias derivadas de su incumplimiento y, en ese caso, el alcance de la obligación de reparar. De esta manera ello implica (i) fijar las fronteras de la franquicia respecto de otro tipo de acuerdos comerciales; (ii) definir las condiciones de existencia, inicio y terminación; y (iii) configurar la autonomía contractual, mediante límites a las estipulaciones contractuales o señalando reglas supletivas cuando las partes guarden silencio. Bajo esta perspectiva, se confiere al Gobierno Nacional una competencia que le permite diseñar un tipo contractual y, en esa dirección, trazar el rumbo que los interesados en adecuar a él su comportamiento deben seguir. De ese modo la competencia asignada puede interferir las diferentes dimensiones que se anudan a la libertad contractual dado que, en realidad, la disposición acusada permite fijar el “régimen jurídico” del contrato de franquicia. Es por esa dilatada competencia conferida al Gobierno, que la regulación que a su amparo se expida tiene por objeto, y puede tener por efecto, una delimitación integral de la libertad de contratación -en sus diferentes manifestaciones- respecto del referido contrato.

48. Tercero. La disposición demandada también prevé la adopción de normas relativas al régimen de responsabilidad entre franquiciante y franquiciado. Ello constituye, a juicio de la Corte, una forma particular de delimitar las libertades en varios sentidos. En efecto, los regímenes de responsabilidad civil señalan límites a la autonomía de los particulares puesto que, de una parte, imponen prohibiciones de actuación cuando puedan causar un daño y, de otra, definen el alcance de la obligación de reparar si se produce la infracción de esas prohibiciones. Ese tipo de reglas demarcan las consecuencias del incumplimiento, -en el caso ahora examinado- de naturaleza contractual. Cuando se adoptan esas regulaciones se impacta la actividad económica de los particulares, creando incentivos y afectando la situación patrimonial de quienes celebran el contrato.

49. Adicional a lo expuesto, la disposición acusada puede también interpretarse como una forma de intervención estatal, fundada en el artículo 334 de la Constitución, en tanto pretende estimular el desarrollo de una particular forma de *empresa*. En efecto, el artículo 11 de la Ley 2069 de 2020 (i) hace parte de una

¹⁰⁸ En similar sentido la sentencia C-345 de 2017 indicó: “Esta corporación ha identificado las principales posiciones protegidas por la autonomía privada y, en esa medida, garantizadas constitucionalmente por las disposiciones que le confieren fundamento. En esa dirección ha señalado que a ella se adscribe la facultad de (i) celebrar contratos o no celebrarlos, (ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos y (iii) crear relaciones obligatorias entre sí (...). Puede indicarse, de manera más precisa, que la autonomía privada en el ámbito contractual está conformada por cuatro expresiones concretas de la voluntad: (i) la libertad de selección que consiste en la facultad de elegir con quién se contrata (un proveedor, cliente, empleado y socio, entre otros); (ii) la libertad de negociación que consiste en decidir de qué forma se inician las tratativas preliminares; (iii) la libertad de configuración que comprende todas aquellas decisiones sobre cómo se estructura un contrato y cuáles son las obligaciones y derechos, y (iv) la libertad de conclusión que significa decidir si se celebra o no el negocio jurídico correspondiente”. Ello fue recientemente reiterado en la sentencia C-029 de 2022.

ley “*por medio de la cual se impulsa el emprendimiento en Colombia*” y que pretende “*establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento y el crecimiento, consolidación y sostenibilidad de las empresas, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad*” (art. 1). A su vez, (ii) prescribe que su finalidad consiste en impulsar “*el modelo de franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de MiPymes*” (art.11). De esta manera, al intervenir en la regulación del contrato de franquicia el Estado regula la producción, distribución y consumo de los bienes. De hecho, destaca la Corte, en la exposición de motivos que acompañó el proyecto de ley, se indicó que buscaba “*establecer un marco regulatorio que propicie el emprendimiento, con el fin de aumentar el bienestar social y generar equidad, respondiendo a las necesidades de ajuste normativo identificadas en los documentos de política pública para contribuir a resolver fallas estructurales e incluyendo un enfoque especial para los micronegocios y poblaciones vulnerables*”¹⁰⁹.

50. En apoyo de la conclusión anterior concurre una razón adicional. Si se analizan algunas de las prácticas comerciales que han sido certificadas como costumbre mercantil en materia de franquicia, se evidencia que ese contrato tiene un estrecho vínculo con las actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. En esa dirección y con el objetivo de hacer posible que la experiencia y reputación acumulada del franquiciante en una determinada actividad mercantil beneficie al franquiciado, se ha reconocido que en este tipo de acuerdos es usual que el primero en relación con el segundo (i) suministre entrenamiento inicial y capacitación permanente respecto de los bienes o servicios que son objeto de la franquicia, (ii) entregue un manual de operaciones y procedimientos, con la finalidad de que el último pueda realizar exitosamente el negocio concedido, (iii) realice auditoría permanente sobre el negocio para que se implemente y desarrolle adecuadamente la franquicia contratada y (iv) autorice al franquiciado la explotación exclusiva de la marca en un territorio específico¹¹⁰.

51. En suma, la materia cuya reglamentación se prevé en el artículo 11 de la Ley 2069 de 2020, al tiempo que incide en el alcance de la libertad de empresa mediante la regulación de una de las modalidades contractuales bajo las cuales ella puede concretarse (art. 333), refleja la intervención del Estado en aspectos relativos a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (art. 334). Precisamente en esa dirección, ha dicho la Corte, que “[l]a promoción de la competitividad empresarial y el desarrollo empresarial, son dos objetivos expresamente asignados por la Constitución a la intervención del Estado en la economía”¹¹¹.

(ii) La competencia de “reglamentación” atribuida al Gobierno Nacional vulnera la reserva legislativa

¹⁰⁹ Gaceta del Congreso 670 de 2020.

¹¹⁰ Corresponden a costumbres certificadas por la Cámara de Comercio de Bogotá y Medellín. Disponibles en <https://www.ccb.org.co/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles> así como en la página <https://www.camamedellin.com.co/articulos-y-noticias/noticias/nuevas-certificaciones-de-costumbre-mercantil>

¹¹¹ Sentencia C-254 de 1996. Ha indicado la Corte en la sentencia C-042 de 2006: “[e]l desarrollo económico de la comunidad está directamente ligado al devenir de las empresas, toda vez que ellas, generalmente, son el resultado de importantes inversiones de recursos provenientes de particulares, destinadas a buscar beneficios económicos para un sector, pero que, al mismo tiempo, significan vinculación de trabajadores e interlocución industrial o comercial con otros agentes”.

52. Es claro entonces que las materias a las que se refiere la facultad de reglamentación atribuida al Gobierno Nacional comprenden, de acuerdo con su alcance natural, la delimitación de la libertad económica y, en particular de la libertad de contratación. Sin embargo, esta conclusión no implica automáticamente la inconstitucionalidad de la disposición demandada. Así, es posible afirmar que en la tarea de delimitar las libertades económicas concurren - en virtud del reparto competencial previsto en la Carta- el Legislador y el Gobierno Nacional: el primero en virtud de lo dispuesto en los artículos 150.21, 333 y 334 de la Constitución y el segundo al amparo de lo dispuesto en el artículo 189.11 de la Carta. Ambas autoridades, en momentos diversos y de modo diferente, intervienen en esta tarea y, es por ello, que la Corte debe definir si la distribución competencial prevista en la ley demandada se sujeta a la Constitución.

53. Este tribunal ha señalado “que un elemento esencial para que se pueda ejercer la facultad reglamentaria es la de la preexistencia de un contenido material legislativo que sirva de base para el ejercicio de dicha potestad”¹¹². Debe tratarse de “disposiciones legales que establezcan *criterios inteligibles, claros y orientadores* dentro de los cuales ha de actuar la administración de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho”¹¹³. Con apoyo en tal premisa, no es posible que el legislador -salvo los casos de otorgamiento de facultades extraordinarias según lo previsto en el artículo 150.10- “traslade al gobierno la facultad de regulación sobre determinada materia”¹¹⁴.

54. El traslado proscrito por la Carta ocurre cuando “se defiere al reglamento la regulación de una materia, sin que la propia ley fije los parámetros mínimos que permitan el ejercicio de la potestad reglamentaria”¹¹⁵. En ese evento se produce “una “deslegalización” contraria a la Constitución, debido a que contenidos que de acuerdo con ésta son propios de la ley serían adoptados por el gobierno, formalmente en ejercicio de su potestad reglamentaria, pero en realidad, en desarrollo de una facultad de regulación que le habría sido conferida por la ley, para desarrollar de manera autónoma y con unos inexistentes o muy tenues referentes legislativos, una materia cuya regulación, de acuerdo con la Constitución, debe hacerse en la propia ley, sin perjuicio del ámbito propio del reglamento”¹¹⁶. Precisamente en esa dirección este tribunal también ha indicado

¹¹² Sentencia C-734 de 2002.

¹¹³ Sentencia C-265 de 2002.

¹¹⁴ Sentencia C-852 de 2005.

¹¹⁵ En ese sentido se encuentran sentencias recientes de la Corte. Así, por ejemplo, en la sentencia C-037 de 2021 señaló: “*En suma, así como reserva de ley exige que “los aspectos principales, centrales y esenciales de la materia objeto de reserva estén contenidos (regulados) en una norma de rango legal” (...), de tal exigencia se desprende que la Constitución reconoce que la competencia del Congreso no vacía de contenido la potestad que tiene el Ejecutivo para reglamentar las leyes*” (Negrillas son del texto).

¹¹⁶ Sentencia C-852 de 2005. En esa oportunidad la Corte consideró contraria a la Constitución una facultad de reglamentación otorgada al Gobierno en una ley que no delimitaba la materia. Señaló la Corte: “*En ese contexto, el aparte acusado del artículo 8º de la Ley 749 de 2002, no contiene una remisión a la potestad reglamentaria de contenidos legislativos presentes en la propia ley o en otra que verse sobre la materia educativa, sino que consiste en una habilitación para que el gobierno asuma directamente la regulación de los estándares mínimos de calidad, el registro calificado y los exámenes de calidad de los estudiantes de educación superior para los programas profesionales de pregrado, sin referente alguno en la ley*”. Dijo además: “*Como quiera que la Ley 749 de 2002 no hay una sola previsión relativa al registro calificado de programas, los estándares mínimos de calidad y los exámenes de calidad de los estudiantes de educación superior en los programas profesionales de pregrado, el contenido normativo conforme al cual corresponde al gobierno la reglamentación de tales aspectos, resulta contrario a la Constitución y habrá de ser declarado inexecutable*”. A su vez, en la sentencia C-508 de 2002 descartando la infracción de la Constitución por una disposición que le asignaba al Presidente de la República reglamentar algunos aspectos de la contratación pública, la Corte indicó que no le asistía razón al demandante

que “las materias objeto de reserva de ley no pueden ser deslegalizadas, esto es, no puede remitirse a autoridades administrativas la posibilidad de regular mediante decretos reglamentarios, actos administrativos o resoluciones, materias reservadas a la ley o a normas con fuerza de ley”¹¹⁷. Dicho de otro modo, “no puede el Legislador (...) atribuir integralmente la reglamentación de la materia al Gobierno, pues el Congreso se estaría desprendiendo de una competencia que la Carta le ha atribuido”.

55. Para la Corte es inconstitucional asignar al Gobierno Nacional la competencia para *reglamentar las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado*. Si bien la disposición acusada (i) indica el objetivo de la intervención -promover el modelo de franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de MiPymes-, (ii) refiere de manera genérica la materia sobre la que recae - contrato de franquicia- y (iii) establece el instrumento mediante el cual tiene lugar la intervención -el reglamento-, es claro que ella carece de reglas claras y precisas que determinen el alcance de la competencia del Gobierno Nacional. Conforme a ello, esta atribución desconoce la reserva de ley que se desprende de los artículos 150.21, 333 y 334 de la Constitución y, por esa vía, vulnera el principio de separación funcional del ejercicio del poder público (art. 113). Esta conclusión se apoya en al menos tres razones.

56. Primero. A pesar de que la disposición alude a que la competencia que se otorga al Gobierno es para “reglamentar”, en realidad está confiriendo una facultad que excede dicha atribución. En la actualidad -salvo menciones en disposiciones contables y tributarias- no existe regulación legal del contrato de franquicia, de las obligaciones de quienes lo suscriben o del régimen de responsabilidad. Según se explicó, el de franquicia es un contrato atípico y, por ello, las estipulaciones acordadas por las partes -en concurrencia con algunas costumbres mercantiles- constituyen las fuentes principales de su régimen.

57. Segundo. La disposición acusada enuncia, apenas de manera general, tres aspectos que deben ser objeto de “reglamentación”: las condiciones técnicas del contrato de franquicia, las obligaciones de las partes y el régimen de responsabilidad. Se trata de expresiones abiertas que no ofrecen criterios inteligibles, claros y orientadores. Si al amparo de esta competencia y antes de emprender la tarea de reglamentación el Gobierno Nacional se preguntara (a) cuáles son los elementos definitorios de este contrato, (b) cuáles sus condiciones de formación, (c) cuál es la naturaleza de las obligaciones, (d) son ellas de medio o de resultado, (e) cuáles son los deberes del franquiciante y el franquiciado, (f) cual es el alcance de los deberes de confidencialidad respecto del *know how* así como las reglas de uso de los signos distintivos, (g) cómo se define la remuneración del franquiciante o (h) cuál es la naturaleza de la responsabilidad por incumplimiento, las respuestas, una a una, indicarán que, en cuanto a la ley se refiere, cualquier opción es posible dado que el legislador no fijó marco alguno

“cuando afirma que se atribuye al Ejecutivo una competencia que es exclusiva del Congreso al regular la contratación directa, pues resulta clara la existencia de un elemento esencial para ejercer la facultad reglamentaria, como es la preexistencia de un contenido material legislativo”.

¹¹⁷ Sentencia C-172 de 2010.

que orientara su actividad¹¹⁸. El reglamento se convierte entonces en una fuente autónoma de obligaciones.

58. Tercero. La disposición acusada prevé que el corresponde al Gobierno Nacional reglamentar el régimen de responsabilidad de franquiciante y franquiciado. La Sala Plena ha señalado que la responsabilidad derivada de la celebración y ejecución de los contratos es una materia comprendida por la reserva legal. En efecto, luego de afirmar que la Carta “no contempla cláusulas específicas sobre el régimen de resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento contractual”¹¹⁹, este tribunal indicó que al legislador le corresponde “definir las reglas que deben orientar las relaciones contractuales, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contraídas y los criterios para determinar el monto del resarcimiento de los perjuicios originados en su incumplimiento”¹²⁰. En similar sentido ha indicado que el Congreso “dispone de un amplio margen de configuración para regular las hipótesis de responsabilidad civil así como las variantes de cada uno de sus elementos”¹²¹ en tanto “[s]on diversas las opciones y es posible articularlas tomando en consideración, por ejemplo, (i) la existencia o no de riesgos especiales, (ii) el tipo de sujetos que intervienen en el tráfico jurídico, (iii) la mayor o menor magnitud de los costos que se quieran evitar así como (iv) el tipo de incentivos que pretendan crearse”¹²². De ese modo la creación del régimen de responsabilidad aplicable al contrato de franquicia implica, por la fuerza de las cosas, una delimitación de posiciones jurídicas adscritas a la libertad económica debido a que el legislador deberá establecer el alcance de las obligaciones, los efectos de su incumplimiento, el modo de exonerarse y la forma de establecer el daño y su cuantía.

59. En adición a lo anterior, decisiones previas de este tribunal indican que disposiciones semejantes a la ahora analizadas son incompatibles con la Carta. Por ejemplo, (i) al juzgar una disposición que atribuía al Gobierno la tarea de reglamentar la formación técnica, tecnológica o profesional que debería acreditarse para ser funcionario o autoridad de tránsito, concluyó que vulnera “la reserva legal y desplaza de manera inconstitucional la competencia del Congreso al gobierno”¹²³. En otra oportunidad, (ii) al analizar una norma que asignaba al Gobierno la expedición de un decreto para regular la contratación pública de gastos reservados, indicó que además de vulnerar la reserva de ley, dicha regla “*arrebata al Congreso la facultad de modificar o derogar dicha reglamentación y a la Corte Constitucional la atribución de controlar su constitucionalidad*”¹²⁴. En igual dirección (iii) frente a una disposición que le asignaba al Gobierno la competencia para reglamentar la recompensa por denuncias relativas a especies náufragas, señaló que ello había ocurrido “sin que la ley establezca unos criterios básicos o parámetros para que el Gobierno concrete el contenido y monto de esa

¹¹⁸ Es un indicio inequívoco de tal circunstancia, el hecho de que el proyecto de decreto publicado por el Gobierno Nacional y por medio del cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 2069 de 2020, en lo relacionado con las franquicias como alternativa para el emprendimiento y la expansión de las MIPYMES se ocupe ampliamente de todas las dimensiones del contrato de franquicia. Disponible en la página <https://www.mincit.gov.co/normatividad/proyectos-de-normatividad/proyectos-de-decreto-2021/29-07-21-pd-franquicias.aspx>

¹¹⁹ Sentencia C-1008 de 2010.

¹²⁰ Sentencia C-1008 de 2010. De manera más específica indicó en esta sentencia: “*Las consecuencias del incumplimiento contractual, los criterios para su determinación y el alcance de la reparación que origina el incumplimiento de obligaciones contraídas, son aspectos sometidos a la regulación legislativa*”.

¹²¹ Sentencia C-111 de 2018.

¹²² Sentencia C-111 de 2018.

¹²³ Sentencia C-530 de 2003.

¹²⁴ Sentencia C-491 de 2007.

recompensa” limitándose a señalar “que se tratará de un porcentaje del valor bruto de las especies náufragas”. Concluyó que “termina entonces por transferir al Ejecutivo la reglamentación integral del tema del contenido y monto de las recompensas, con lo cual vulnera la cláusula general de competencia del Congreso y el sentido de la finalidad de la potestad reglamentaria gubernamental, pues no existe ninguna materia legislativa sobre la que pueda recaer dicha potestad reglamentaria”¹²⁵. Recientemente (iv) al controlar la constitucionalidad de una disposición que establecía que el Gobierno nacional reglamentaría un particular procedimiento de cesión de contratos estatales, indicó que se trataba de una delegación contraria al principio de reserva de ley, advirtiendo que ello hubiera sido posible únicamente al amparo de facultades extraordinarias conferidas para ello¹²⁶.

60. Podrían objetarse las razones anteriores afirmando que, en tanto la analogía es una forma de autointegración del ordenamiento aplicable a los contratos atípicos, su uso le permitiría al Gobierno Nacional identificar la base legislativa para reglamentar el contrato de franquicia. De esa manera, en ejercicio de sus competencias, el Gobierno identificaría los contratos típicos análogos al contrato de franquicia y, a partir de allí, adoptaría el reglamento. Este planteamiento es insostenible al menos por tres motivos. Primero, el ejercicio de la facultad reglamentaria exige la preexistencia de criterios *inteligibles, claros y orientadores* previstos expresamente por el legislador, al tiempo que la analogía parte de la existencia de una laguna o vacío puesto que no existen reglas que regulen un caso o un grupo de casos. Segundo, de aceptarse que en desarrollo de la actividad reglamentaria pudiera el Gobierno apoyarse en el razonamiento analógico, se le estaría atribuyendo la autoridad para elegir las normas que regulan situaciones análogas, desplazando con ello la competencia del legislador para definir el régimen jurídico del contrato de franquicia¹²⁷. Tercera, como lo indicaron algunas intervenciones en las que se destacaba la importancia de que el legislador adopte la materia, existen diversas aproximaciones al contrato de franquicia que incluso difieren, destaca la Corte, en su propia definición.

61. De las razones expuestas se desprende entonces que el legislador no estableció la materia por reglamentar. No satisfizo la exigencia de prever un mínimo suficiente que le permitiera al Gobierno Nacional ejercer sus

¹²⁵ Sentencia C-474 de 2003.

¹²⁶ Sentencia C-037 de 2021. En un sentido análogo, esto es, en los que la Corte encuentra que el legislador no ha fijado la mínima materialidad legislativa para que se active la facultad reglamentaria, pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias C-690 de 2003, C-675 de 2005, C-852 de 2005 y C-135 de 2016. En esta última y frente a una disposición que delegaba en el Gobierno Nacional la fijación del procedimiento que se debía seguir al momento de aplicar el régimen disciplinario a los miembros de la Juntas Directiva de las Cámaras de Comercio, indicó: “[e]sa situación quebranta la cláusula general de competencia de que goza el legislador y la reserva legal para señalar los procedimientos e implica una afectación al debido proceso porque el administrado no tendría una garantía legal que defina las formas propias del juicio sancionatorio, con miras a brindarle seguridad jurídica en la actuación”. Conforme a ello declaró inconstitucional la expresión “bajos los procedimientos establecidos por el Gobierno Nacional” (...).

¹²⁷ Ello sería también incompatible con la comprensión que el Consejo de Estado tiene respecto de la facultad reglamentaria del Congreso. Así, en un sentido semejante a la providencia citada en la nota de pie de página No 49, indicó recientemente: “Sobre la potestad reglamentaria, de cuyo exceso se queja el actor, hay que señalar que ésta, entendida como la facultad conferida al Presidente de la República de expedir normas de origen administrativo con carácter general, tiene por finalidad posibilitar el efectivo cumplimiento de la ley, tal como lo establece el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Resulta entonces que los actos reglamentarios, como normas jurídicas en sentido formal y material, se encuentran subordinados al marco legal que desarrollan, de modo que la voluntad administrativa así expedida no puede más que garantizar la cumplida y estricta ejecución de la ley, en tanto esta última expresa la voluntad general objeto de representación popular, de cara a la supremacía normativa que impera en nuestro ordenamiento jurídico”. Consejo de Estado, Sección Tercera del 16 de julio de 2021.

competencias. Si bien no se requiere que el legislador produzca “*regulaciones exhaustivas o íntegras*”¹²⁸, es inconstitucional que se pretenda activar la facultad reglamentaria con la enunciación apenas general de la materia. Si ese fuera el caso la reglamentación no tendría lugar por ministerio de la ley¹²⁹.

62. El Congreso de la República, sin considerar la importancia jurídica y práctica del contrato de franquicia, se hizo a un lado y así violó la Constitución. Procede entonces la declaratoria de inexecutable. En efecto, este tribunal ha señalado que **“una norma de habilitación presente en una ley que carece de materialidad legislativa en las materias para cuya regulación remite al reglamento, no puede tenerse sino como una irregular transferencia de competencias legislativas al Gobierno, contraria a la Constitución”**¹³⁰.

63. Al margen del problema relativo a si la materia -el contrato de franquicia- se encuentra comprendida por los contenidos propios del “*código*”, en particular del Código de Comercio¹³¹ -asunto relevante para definir si pueden otorgarse las facultades extraordinarias previstas en el artículo 150.10 de la Constitución-, para la Corte se encuentra fuera de toda duda que la disposición aquí examinada implica una delegación inconstitucional de atribuciones legislativas.

La imprescindible reserva legal y la improcedencia de declarar la constitucionalidad condicionada

64. En contra de la declaratoria de inexecutable, uno de los intervinientes y la procuradora general de la Nación plantean a la Corte que resulta posible declarar que la disposición es constitucional bajo el entendido de que la competencia del Gobierno Nacional solo permite la adopción de reglas supletivas, no imperativas. La premisa en la que parece sostenerse esta solicitud es que la adopción de ese tipo de normas, esto es, disposiciones que se limitan a sustituir la voluntad de los contratantes cuando han guardado silencio, no comporta una restricción de las libertades económicas y, por ello, no afecta la reserva de ley.

65. La Corte no comparte este planteamiento ni la solicitud que se le vincula. La *delimitación* a la que se refiere el inciso final del artículo 333 no se manifiesta únicamente en disposiciones que restringen definitivamente la libertad para fijar el contenido del contrato. También se expresa mediante regímenes legales supletivos destinados a reemplazar o interpretar la voluntad de las partes cuando ellas han guardado silencio. Las partes que concurren a la celebración del contrato se encuentran habilitadas -al no tratarse de disposiciones que, por ejemplo, comprometan el orden público- a dejarlas a un lado. Sin embargo, cuando los supuestos regulados por esas disposiciones no han sido objeto de consideración por los contratantes, su aplicación se activa a efectos de definir el modo en que debe procederse, siendo entonces exigible su cumplimiento. Así, por ejemplo, si en algunos negocios civiles o mercantiles las partes no han previsto el régimen de intereses aplicables a una operación, es posible que el ordenamiento ocupe ese silencio precisando si se deben o no y, de ser el caso, cuál es la tasa aplicable y

¹²⁸ Sentencia C-621 de 2007.

¹²⁹ Entre otras, se encuentran las sentencias C-615 de 2002, C-830 de 2010 y C-882 de 2014.

¹³⁰ Sentencia C-852 de 2005.

¹³¹ La jurisprudencia de este tribunal ha establecido la posibilidad de “*que mediante normas expedidas en ejercicio de facultades extraordinarias se modifiquen disposiciones de los códigos, sin transgredir la competencia del Congreso para la expedición de los mismos y la restricción impuesta para el efecto en el artículo 150.10 C.P., siempre que no sean afectados sustancialmente (...)*”. Sentencia C-586 de 2001.

sus límites. En esos casos el ordenamiento termina configurando la relación contractual y, en consecuencia, delimitando las libertades económicas. Es importante precisar que nada de lo indicado tiene por objeto establecer que las disposiciones imperativas o supletivas sean contrarias a la Constitución. De lo que en esta oportunidad se ocupa la Corte, es de definir si tal tipo de regulación constituye, como en efecto lo es, una delimitación de las libertades económicas.

66. Los procesos de negociación y celebración de contratos se enfrentan a dificultades de diversa índole que, en ocasiones, impiden prever desde el principio cada una de las vicisitudes o contingencias. Y es precisamente, mediante ese tipo de disposiciones previstas a lo largo de la regulación mercantil, que el legislador “completa” el contrato y precisa el régimen que será aplicable cuando las controversias contractuales tengan lugar. A pesar de que las normas supletivas no son una limitación directa de la libertad económica, sí constituyen una forma de disciplinar aspectos centrales en materia de circulación de bienes y servicios, tal y como lo evidencia la regulación comercial vigente. Asumir que el Gobierno Nacional se encuentra habilitado para adoptar normas supletivas respecto de las diferentes figuras contractuales, constituye una afectación profunda de la reserva legislativa en materia contractual.

67. La Corte estima necesario presentar una consideración final. La fijación del punto en el que termina la materia legislativa y aquel en el que inicia la reglamentaria suscita a veces dudas. Existen casos que, sin embargo, no las generan. Es ello lo que ocurre en esta oportunidad. El legislador identificó una institución jurídica -la franquicia- y sin delimitar su naturaleza, simplemente delegó la tarea de definir sus aspectos centrales al Gobierno Nacional. Ese modo de proceder, tal y como lo dijo la Corte en otra ocasión, no solo afecta las posibilidades futuras de que el legislador se ocupe de ella, sino que priva a la Corte de la posibilidad de controlar una materia legislativa. El modo en que procedió el Congreso al aprobar la disposición demandada contrasta con la decisión posterior de algunos congresistas de presentar el proyecto de ley No. 247 Senado, actualmente en trámite, “*por medio de la cual se regula el contrato de franquicia y se dictan otras disposiciones – Ley Sueños y Franquicias*”¹³².

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*Para estos efectos, reglamentará las condiciones técnicas que definen la franquicia, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del franquiciante y el franquiciado, a que haya lugar*” del primer inciso y la expresión “*condiciones técnicas y*” del segundo inciso del artículo 11 de la ley 2069 de 2020.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y archívese el expediente.

¹³² Gaceta del Congreso 1833 de 2021.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Presidenta

NATALIA ANGEL CABO
Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada
Ausente con permiso

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General