

Mecanismos de seguridad jurídica en el contrato de franquicia

Mechanisms of legal certainty in the contract franchise

Hernán Figueroa Bustamante

Abogado y Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO:

- 1.- Antecedentes.
- 2.- Naturaleza jurídica del contrato de franquicia.
- 3.- Planteamiento para su regulación jurídica.
- 4.- Conclusiones.
- 5.- Recomendaciones.

1.- ANTECEDENTES

Hoy en día podemos ver que se vive contratando constantemente, no hay individuo en su quehacer diario no celebre algún contrato con el objeto de alcanzar las más variadas finalidades de la vida económica¹. Es así que en la doctrina y jurisprudencia nacional, observamos que son escasos los trabajos que procuran analizar el problema que se suscita en torno a la seguridad jurídica de los contratos de franquicia, desde la perspectiva de la globalización, las nuevas tecnologías, el fenómeno del comercio exterior, entre otros.

La evolución del sistema de franquicia en el actual contexto peruano, hace que se encuentre en permanente cambio y transformación, es por ello que en los últimos años el contrato² de franquicia ha tenido un positivo y destacable desarrollo en el Perú³, pero dicha figura nominada⁴ y atípica⁵, carece de regulación específica, es así que los

- 1 CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. *El contrato*. Lima: Editora Jurídica Motivensa, 2004, volumen 11, p. 37.
- 2 El contrato según algunos autores es: el principal vehículo de innovación jurídica (Francesco Galgano), es el instrumento jurídico más importante de las relaciones económicas (Messineo), el instituto jurídico de ordenación y desarrollo del mercado (Perlingieri), es el más fino producto de la libertad humana, el contrato está en el centro de nuestra propia vida: nacemos, crecemos y nos desarrollamos por contrato (negociación, celebración, ejecución, terminación). En: José Leyva Saavedra. *Materiales de lectura*. Congreso Internacional XXX Aniversario del Código Civil. II Jornada Preparatoria, Jesús María, setiembre de 2014.
- 3 La evolución del sistema de franquicia en el Perú ha tenido en los últimos años un desarrollo sumamente importante y una línea de crecimiento destacable con un impacto directo en la economía Peruana. En la actualidad, su consolidación como modelo de desarrollo, gestión y expansión de negocios, es una realidad inminente, creciendo a un ritmo acelerado de 20% al año. El sistema genera alrededor de US\$1,000 millones de dólares norteamericanos anuales, existen más de 1,200 unidades franquiciadas que generan empleos para más de 20,000 peruanos. Al 2013, tenemos más de 330 marcas en el mercado peruano: 63% extranjeras y 37% nacionales. De las nacionales, un 66% en el rubro de gastronomía, y el otro 34% dividido en diferentes rubros como joyería, estética, salud, educación, servicios especializados, indumentaria y accesorios. Fuente: Walter Aguirre – AGUIRRE ABOGADOS & ASESORES.
- 4 En la antigua Roma originalmente se podían distinguir entre contratos nominados e innominados, para el primero de ellos, eran aquellos que tenían nombre propio, como una compra vena, un arrendamiento, contrato de sociedad, el mandato y los contratos innominados eran aquellos que no tenían nombre, pero en Roma era importante que el contrato tuviera nombre, ya que si el contrato tenía nombre las partes podían ir a los tribunales romanos y pedir el cumplimiento de la obligación nacida del contrato nominado, pero si dicho contrato era innominado las partes no podían hacer absolutamente nada para acudir a los tribunales, allí se quedaban en una situación de injusticia, por tanto el ponerle nombre al contrato era tremendamente importante en el Derecho Romano, tanto que hasta nuestros días se tiene dicha idea.
- 5 Con respecto a los contratos típicos y atípicos, pues se habla de que son contratos innominados que posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cobran una gran importancia (Plan

primeros antecedentes de este figura suelen situarse entre los años 1850 y 1860 en los Estados Unidos de Norteamérica. Por aquellos años aparece *I.M. Singer & Company*, quienes crearon el primer embrión de este tipo de franquicia, como medio para distribuir y vender sus máquinas de coser⁶, desde aquel entonces hasta hoy en día el contrato de franquicia ha demostrado ser una fuente para la obtención de grandes beneficios económicos, comerciales, laborales, tributarios, etc.

Es así que el Perú no ha sido ajeno a dichos beneficios brindados por los contratos de franquicia, pues ha demostrado ser una gran fuente de ingresos. Pero dicho contrato, a pesar de encontrarse en el boom del desarrollo, tanto de las empresas nacionales como internacionales, carece de una regulación propia en el Perú, pese a estarse frente a un tipo de contrato mercantil *sui generis*, complejo, con característica consensual, bilateral, de tracto sucesivo, principal,

Marshall). Por ello los contratos atípicos son productor de la inversión de las partes donde dos personas de mutuo acuerdo o son mezcla de contratos que ya están regulados en las Leyes especiales o el mismo Código. Ahora, los contratos atípicos encuentra algún antecedente en formas contractuales que ya están contemplados en los ordenamientos jurídicos existentes como por ejemplo el contrato de Leasing, Joint Venture, Factoring, Franchising, etc. Por tanto, es un error en empeñarse en regular estas formas contractuales aplicándoles analógicamente ya sea el Código Civil, Código de Comercio o las Leyes Especiales, porque desde el momento en que nosotros decimos que son contratos atípicos ya estamos dando por un hecho que las formas contractuales que contemplan los Códigos y las Leyes no les son aplicables, por ello uno de los problemas que suscita es asegurarse el cumplimiento de las partes en este tipo de contratos. José Leyva, define a los contratos típicos manifestando que «se da la relación propia dentro de un ordenamiento jurídico como en un Código Civil, Código de Comercio, Leyes generales o especiales, en cambio los contratos atípicos no tienen una tipicidad legal, pero si social. Asimismo, con respecto a los contratos nominados e innominados manifiesta que no tiene nada que ver con lo típico o atípico, lo que marca claramente es que los contratos nominados tienen nombre propio para ser identificados en el ámbito jurídico, en cambio el contrato innominado se da, cuando no tiene nombre propio, pero tiene fuerza que lo genere, la mayoría de los contratos nace como innominado y luego se vuelve nominado, así como la permuta (trueque) a este se le dio un nomen iuris. Por tanto, los contratos típicos son nominados, pero no todos los nominados con típicos porque hay atípicos, asimismo, el autor Vicent Chulia manifiesta que se conceptúan contratos atípicos los no regulados legalmente, aunque esta los menciona reconociendo simplemente su existencia en la realidad social. CHULIA VICENT, Eduardo. *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1995, tomo I, p. 162.

6 Cfr. ARGE CARGOLLO, Javier. *El Contrato de Franquicia*. Cuarta edición. México: Themis, 2001, p. 3.

oneroso, de ejecución sucesiva en el tiempo, de colaboración entre empresas, y como no de «cooperación donde cada parte colabora para un fin en común»⁷.

Pero este contrato no tiene una normativa propia, una regulación propia, es casi incierta la seguridad jurídica que se le brinda a las partes (franquiciador y franquiciado), pues la solución de controversias es ambigua y oscura al no existir una norma específica que la regule, por lo que los operadores jurídicos optan por recurrir de manera supletoria a las distintas regulaciones que versan de forma ligera sobre los contratos de franquicia, entre las cuales encontramos las siguientes:

- a. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI⁸ (Título XI – Transferencia de Tecnología Extranjera, artículo 55, 56 y 57), ente encargado de regular y registrar las franquicias extranjeras en el Perú, pero la específicamente encargada es la Oficina de Signos Distintivos, área de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera. Esta Oficina es la que establece los requisitos para acceder a la inscripción mediante llenado de formatos de solicitud con los datos de la persona (natural o jurídica) y su representante legal, indicando el nombre del titular del signo distintivo (número de certificados, denominación, vigencia de poder actualizada y otros), comprobante de pago respectivo, constitución de la empresa, copia del contrato de Transferencia de Tecnología Extranjera y demás documentación. Es así que esta norma otorga la protección de la propiedad intelectual del franquiciante como son las marcas, nombres comerciales. Patentes, know-how o saber hacer (conjunto de conocimientos derivados de la experiencia del franquiciante), logos y demás distinciones, pero no va más allá de esta protección.

7 Cfr. MONATERI, Pier Giuseppe. *Reformulando la noción de contrato. Hacia una visión antagónica del contrato*. Lima: Themis. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 49, 2004, p. 38.

8 Creada para tutelar el libre mercado, evitar prácticas monopólicas, combatir las conductas anticompetitivas y la competencia desleal, proteger al consumidor, reducir los costos de acceso y salida del mercado, proteger la propiedad intelectual, y consumidores y proveedores cuentan con una institución donde puedan solucionar sus conflictos en vía administrativa, en base a los principios de predictibilidad, simplicidad, celeridad, eficacia, idoneidad y confianza, se ha creado, mediante Decreto Ley n.º 25868, INDECOPI. TORRES VÁSQUEZ, Anibal. *Contratación masiva. Protección al consumidor*. Lima: Editorial Motivensa, 2009, p. 119.

- b. La Decisión N° 291 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena, sobre tratamiento de capitales Extranjeros y sobre marcas, Licencias y Regalías, nomas que señalan los requisitos esenciales para la inscripción de una franquicia extranjera (identificación de las partes como la consignación de su nacimiento y domicilio, identificación de las distintas modalidades que presenta la transferencia de la Tecnología, determinación del plazo de vigencia del contrato (determinado o indeterminado), entre otros.
- c. El Decreto Legislativo N° 662, Ley de Protección de la Inversión Extranjera (Seguridad Jurídica),
- d. El Decreto Supremo N° 162-92-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 662.
- e. El Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial.
- f. El Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos del INDECOPI.
- g. El Código Civil, el cual otorga pautas y normas sobre las relaciones contractuales, las obligaciones de las partes, la ejecución de las garantías, las penalidades, responsabilidades, mecanismos de solución de controversias, entre otros⁹.
- h. El Código de Comercio de 1902¹⁰, otorgando el vehículo de inversión, uso de títulos valores, gestión social, transacción comercial y demás cuestiones.

9 El Derecho Civil es el derecho de las personas, es el Derecho que regula las interrelaciones subjetivas privadas, es decir, es el Derecho Privado, el Derecho Común, el Derecho Común a todas las personas, etc. por ende, este Derecho tiene orígenes tan antiguas como el hombre mismo; sin embargo, con el desarrollo de la vida social y económica, el Derecho Civil fue evolucionando y/o dividiéndose en diversas ramas que relacionan a las personas entre sí, esto quiere decir que el Derecho Civil es la base o cimiento por el cual nacieron una serie de Derechos autónomos. En: *Balotario para el examen de CNM. EGACAL*.

10 El Código de Comercio de fecha 15 de febrero de 1902, es el Código más antiguo que ostentamos y que continúa vigente actualmente.

- i. El Código Tributario, brindando planteamiento y estructuración fiscal de la operación a nivel local, y aún más, al momento de la internacionalización, utilizando aspectos fiscales vinculados con los mismos.
- j. La normativa de Aduanas, que versa sobre negocios de importación y exportación, aranceles, tributación aduanera, etc.

Asimismo, existiendo otras regulaciones afines a los contratos de franquicia en el Perú, pero resultando y/o actuando de manera supletoria, más no existiendo una regulación específica que regule a los contratos de franquicia.

Al margen de lo indicado líneas arriba podemos determinar que en el Perú, no existe una regulación propia para este tipo de contratos nominados y atípicos, por ello pretendo sustentar mediante investigación, parámetros para la regulación del mencionado contrato de franquicia, tomando como referencia a las distintas regulaciones normativas extranjeras existentes en la actualidad, como por ejemplo la regulación norteamericana, francesa, española, mexicana, brasilera, ecuatoriana, venezolana, entre otras. Asimismo, no podemos obviar al Código Deontológico Europeo de Franquicia que entró en vigencia el 1 de enero de 1991¹¹.

En ese sentido, los contratos de franquicia necesitan ser regulados mediante un Código Deontológico de Franquicia (CDF) y una Circular de Oferta de Franquicia (COF), con el objetivo de brindar y garantizar seguridad jurídica a las partes contratantes como es el caso del franquiciador y el franquiciado, otorgando una seguridad jurídica comercial y demás aspectos a la hora de realizar las transacciones que por cierto conllevan a invertir grandes y millonarias sumas de dinero.

Ahora, muchos autores manifiestan que deberían regularse rigurosamente o de forma flexible este tipo de contratos, para de esa forma se le brinde garantías a los participantes de los contratos de franquicia, ya que los países más desarrollados del mundo ostentan una regulación estricta como señala un representante de

11 ESPALIAT CANU, Mauricio y ESPALIAR PLANAS, Patricia. *Franquicia: Una alternativa de trabajo independiente*. Madrid: Editorial Windsor, 2002, p. 135.

Francorp, que «para desarrollar este sistema en el Perú, es necesaria la existencia de una legislación específica sobre los contratos de franquicia»¹².

Asimismo, el representante de la Asociación Peruana de Franquicias afirma que los «contratos bajo este régimen suelen ser convenios de 10 o más años, por lo que el Estado debe mantener una legislación y una política que aliente a los empresarios a invertir a largo plazo»¹³. En la misma línea, el Código Civil, para bien o mal, es expresión y componente de la cultura, entendida como «modo de vivir», de nuestro país. Este convencimiento debería bastar para prevenir a los encargados de la reforma de sucumbir ante el peligro de la imposición irreflexiva de aquellos estándares del *common law* que son impensables en un país con los niveles de desigualdad y pobreza del Perú; estándares que se pueden disfrazar con un atractivo discurso de la «globalización», o con sonsonetes favorables a «la no – regulación», a la «regulación por principios», o a la «inserción del país en el mercado internacional».

En opiniones formuladas anteriormente hemos manifestado que «ante los profundos cambios producidos por la modernización de la economía, las necesidades del tráfico comercial y del suministro de bienes y servicios, materias primas u otros elementos del proceso productivo, urge regular mediante un marco legal general y no reglamentarista las nuevas modalidades contractuales»¹⁴. En la misma línea, el abogado Walter Aguirre comenta que, «en el Perú aún no se ha regulado el contrato de franquicia y podemos observar que estamos frente a un contrato complejo y de características peculiares: bilateral, consensual, principal, oneroso, de ejecución sucesiva en el tiempo, de colaboración empresarial y muchas veces de transferencia de tecnología». Ante esta falta de regulación y complejidad, tenemos que recurrir a otras áreas del Derecho a efectos de elaborar el contrato de franquicia. Así, tendremos que utilizar, entre otros, los siguientes aspectos.

En línea con lo señalado, considerando la importancia económica y las características propias del sistema de franquicia, somos de la opinión que se

12 DEL RIO, José. Representante de FRANCORP PERÚ – Consultora de Franquicias.

13 GLEISER, Samuel. Representante de la Asociación Peruana de Franquicias.

14 FIGUEROA BUSTAMANTE, Hernán. *Los contratos comerciales modernos*. Diario Oficial El Peruano, 11 de noviembre de 1993.

requiere de una regulación específica y flexible en la materia, que garantice un equilibrio entre los participantes del sistema, otorgando seguridad tanto a franquiciantes como a franquiciados, y asegurando oportunidades de inversión que se aprovecharan plenamente con una identificación de actores, derechos de propiedad intelectual bien definidos, obligaciones específicas de las partes, fácil ejecución de garantías, entre otros muchos aspectos¹⁵. Lo relevante no es que la ley otorgue o no un nombre al contrato, sino que este tenga su regulación propia aunque la ley puede efectuar remisión o reenvío de la cual se infiera aquella disciplina¹⁶.

Al respecto, y en contraposición a ellos hay autores que se oponen a una regulación, manifestando que «no es conveniente legislar específicamente el franchising por ahora, puesto que estamos ante una modalidad contractual que recién evolucionando en nuestro país, por lo que regularlo sería obstaculizar su aplicación. Una posible legislación es vista por los empresarios en nuestro país con temor y desconfianza, puesto que generalmente introduce en la contratación restricción y limitaciones en vez de cumplir una función de promoción y que actualmente vivimos en una economía social de mercado, donde no hay restricciones ni limitaciones a las contrataciones e inversiones de diversa índole siempre y cuando no contravenga a nuestro ordenamiento jurídico interno, los usos y buenas costumbres tal cual se halla establecido en los artículos 62 y 63 de la Constitución Política¹⁷.

Otro autor que se opone a una regulación considera que en la medida que el sector vaya madurando y los agentes determinen sus necesidades reales, recién podemos pensar en darle un marco jurídico al sector, y es que los países que ha logrado cierto desarrollo en franquicias no lograron un impulso real vía marco jurídico protector, sino el sector debido a su madurez demandó una regulación particular¹⁸.

15 AGUIRRE, Walter. *El contrato de franquicia. Multiplicador de negocios*. En: <http://revistatalawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>

16 SPOTA, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

17 BRAVO MELGAR, Sidney. *Contratos modernos*. Lima: Ediciones Legales, 2010.

18 KISER RODRÍGUEZ, Luis. *Franquicias. La elaboración de una idea de negocio, en base a la oportunidad detectada*. PERUMYPE COMPETITIVA, Lima, 2009.

Como vemos diversos autores manifiestan sus posiciones. Al respecto, también se cuenta que había una vez un rey que ante las insistentes quejas de la población por el elevado precio del pan, determinó un buen día que el precio de este producto debería ser 'X' (es decir, fijó la tarifa del pan). Al día siguiente, los panaderos redujeron la calidad de la harina empleada a fin de abaratar sus costos y seguir ganando. Ante esta actitud, el rey emitió un decreto mediante el cual estableció el estándar de calidad de la harina empleada. Esta conducta motivó a los panaderos a reducir el peso del pan para poder ganar lo esperado.

Un nuevo decreto fue emitido estableciendo cual debía ser el tamaño y peso mínimos del pan, razón por la cual los panaderos hicieron ciertos arreglos al pan de forma que más parecía un pastel o bizcocho que otra cosa, estando libre de todos los controles impuestos. El rey se vio obligado a extender la regulación a todos los productos similares al pan, por lo que los panaderos empezaron a exigir la compra de leche para adquirir pan (es decir, ataron dos productos). El rey finalmente cansado de esta situación, estatizó todas las panaderías¹⁹.

En su mayoría los autores que se contraponen a una regulación manifiestan que podría restringir en gran medida el crecimiento de las franquicias nacionales y extranjeras que además de ello se estaría cayendo en una regulación de todos los contratos, cuando con ello una suma de restricciones, y que es suficiente de forma supletoria regular los contratos de franquicia mediante el Código Civil, Código de Comercio, normas de INDECOPI y demás normas afines.

Ante estas dos perspectivas, en esta investigación pretendo plantear una regulación a los contratos de franquicia acorde al desarrollo y madurez del país y del contrato de franquicia nacido en el sistema del *Common Law*, no siendo tan rigurosa pero suficiente para brindar una seguridad jurídica a las partes, sustentando en que aún no estamos preparados para una regulación tan rigurosa de este tipo de contratos en el Perú, por ello el presente trabajo se circunscribirá a dar una propuesta regulatoria para establecer un Código Deontológico de Franquicia (CDF) y una Circular de Oferta de Franquicia (COF), para lo cual sustentaremos desde el punto de vista dogmático formalista.

19 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La década de los noventas. La experiencia peruana en Libre competencia*. Themis. Lima, 2004.

Al respecto, el Código de Ética de Franquicia o llamado también Código Deontológico de Franquicia puede constituir un paso muy importante para el Perú sobre _____, asimismo establecer en nuestro país una Circular de Oferta de Franquicia – COF, como en algunos países lo ostentan, tal es el caso de Francia, México, Argentina, Ecuador, Venezuela y otros, la cual ayuda a la seguridad jurídica de ambas partes, sobre todo a la parte más débil del contrato de franquicia, nos referimos al franquiciado, ya que dicho contrato es por lo general un contrato de adhesión, donde la parte débil es sometida a la voluntad del franquiciador, pero con la Circular de Oferta de Franquicia, el proceso de negociación de compra o venta de una franquicia es mandatoria u obligatoria, la cual debe hacer un seguimiento de los parámetros que indique la COF, puesto que en dicha Circular o documento como acto preliminar al contrato, debe ser entregado al franquiciado por parte del franquiciador, antes de la firma del contrato de franquicia, o sea en la etapa de negociación.

Entonces, la Circular de Oferta de Franquicia debe funcionar como parámetros, guías que deberán coincidir con el contrato de franquicia en cada uno de los puntos o cláusulas señalados, de este manera se podrá evitar los atropellos, los malos entendidos, los abusos, los incumplimientos de obligaciones, las estafas, etc., hoy en día más conocidos dichas estafas como *franchichas*²⁰.

-
- 20 En este millonario negocio de las franquicias existe una variada terminología que, de suyo, separa a las buenas de las malas franquicias. Así por ejemplo, una franquicia de indiscutido prestigio y probada rentabilidad, ofrecida por empresarios que, pese a no existir una ley específica sobre la materia, actúan con responsabilidad y dentro de lo legal, puede dar origen a una franquicia máster (que da derechos al franquiciado para subfranquiciar dentro de una región, país o continente, actuando en representación exclusiva del franquiciante en los territorios definidos en el contrato), a una multifranquicia (cuando el franquiciado tiene varias franquicias pertenecientes a la misma marca; la existencia de multifranquiciados suele ser un buen indicador del éxito de una franquicia, pues nadie a quien le funcione mal un establecimiento franquiciado, va a adquirir otro de la misma marca) o a una plurifranquicia (cuando el franquiciado maneja franquicias o marcas diferentes que suelen ser complementarias y no competitivas).

Sin embargo, en esta jungla de cemento llamada 'mercado de franquicias' y dada la nula fiscalización de la autoridad competente, también existen las llamadas 'franquicias chatarra', lo que para algunos no se trataría de franquicias propiamente dichas sino, más bien, de 'franchichas', es decir, de marcas que inescrupulosos empresarios lanzaron y promocionaron en el mercado de las franquicias sin poseer los conocimientos técnicos ni el apoyo suficiente, trayendo como consecuencia que el franquiciado pierda, en todo o en parte, su inversión.

Ahora si el contrato de franquicia difiere sustancialmente de la COF, el franquiciado debe actuar con cautela, ya que podrá tratarse de una estafa, por su contraparte (el franquiciador).

Por ello indudablemente la entrega de la COF debe ser un requerimiento legal obligatorio e indispensable a la hora de comprar o vender una franquicia, en caso de ignorarse la entrega y a la vez diferir entre la COF y el contrato de franquicia (adhesión) por parte del franquiciador, podría motivar una demanda o denuncia por parte del franquiciado (parte débil) por el delito de violación y transgresión del reglamento de la COF.

Por ello es necesario avanzar paso a paso para no caer en una normativización extrema y rigurosa que podría causar, que dichos contratos de franquicia se nublen con una regulación rigurosa que ostentan algunos países desarrollados como es el caso de los Estados Unidos de América, ya que aún no hemos logrado madurar lo suficiente en este tipo de contratos modernos para nosotros, ya que en nuestro país recién conocemos más claramente a partir de 1993 y

El primer paso para 'poner la casa en orden' en materia de franquicias en el Perú, sería proteger al franquiciador y al franquiciado a través de la creación de un Código Ético que autorregule este sector que se halla en el limbo legal, mientras se concluya la elaboración de un proyecto de Ley que le dé transparencia a este lucrativo negocio, vigilando mediante este instrumento legal aspectos tan fundamentales para el éxito de una franquicia como la calidad del servicio ofertado, la real solvencia económica de los negocios franquiciables y la información pública de la empresa, a fin de evitar millonarios fraudes.

Para ello, en otros países se ha establecido la obligatoriedad que tienen los franquiciantes de entregar a los franquiciados, por lo menos 30 días antes de la firma del contrato de franquicia o durante el período de negociación, la denominada Circular de Oferta de Franquicia (COF) o Documento de Divulgación de Franquicia (DDF), que en México –detrás de Brasil, el segundo país más importante de Latinoamérica a nivel de franquicias– y otros mercados, ha logrado evitar abusos y fraudes en la venta de franquicias.

Uno de los aspectos prioritarios de una COF es el capítulo referido a los registros de marca. En este punto, el franquiciador está obligado a demostrar la legalidad de la franquicia mostrando los originales y las copias autenticadas de estos registros de marca al franquiciado, indicando los números de dichos registros. En caso de no tener estos documentos o el convenio de uso de licencia de marca emitido por el titular, se estaría incurriendo en el delito de estafa. En: *Franquicias peruanas, los riesgos de un negocio sin ley*. Heidi Castilón. MORE NEWS: www.bizusaperu.com

1995 (primer boom)²¹ y 2003 – a la fecha (segundo boom)²², y que otros países desarrollados ya ostentan más de medio siglo de existencia, por ello no pretendemos ir a un extremos y normativizarlos creando su propio Código, leyes y normas como lo hay en otros países, pues como ya lo manifestamos aún no hemos alcanzado la madurez suficiente para poder reglamentar rigurosamente dicho contrato.

Por ello es menester crear un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Franquicia, para poder regular a las partes intervinientes en el contrato de franquicia, evitando con ello los abusos, incumplimiento de obligaciones, estafas, etc., pues la cultura de protección no debe ser ignorada por los compradores de franquicias nacionales y extranjeras, ya que nadie quisiera perder los ahorros de toda una vida en parte o totalmente sólo por no cumplir con un reglamento a la hora de adquirir una franquicia, es por ello que la COF es importante, pues si hay una seguridad jurídica las cosas pueden marchar muy bien, evitando con ello inconductas por parte de personas inescrupulosas dedicadas a este rubro mercantil que está constantemente en crecimiento y desarrollo a nivel nacional e internacional.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

El presente trabajo busca comprender la estructura de las alternativas de protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú en el sector privado, para lo cual se ha definido el espacio y tiempo de investigación, planteándose a necesidad de comprender los instrumentos jurídicos concretos que planteamos.

La definición de este tipo de contrato no es fácil, debido a que concurren caracteres o modalidades propias de otros contratos, tales como la licencia, el *know how*, el uso del nombre comercial, entre otros²³. Asimismo, son muchas

21 El primer boom estalló en el Perú con una inversión del 95% de franquicias extranjeras y 5% nacionales.

22 El segundo boom en el Perú, se dio a partir del año 2005 y va en crecimiento logrando 311 locales a nivel nacional, el 67% en Lima y el 33% en el interior del país.

23 Cfr. SCHEREIBER PEZET, Max y SCHEREIBER MONTERO, Angélica. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p. 106.

las definiciones que se le han otorgado a lo largo del tiempo, pero como la gran mayoría de contratos modernos atípicos han surgido por la necesidad de la expansión y crecimiento del tráfico comercial moderno.

Entonces, el contrato de *franchising* es un sistema de distribución comercial moderno y se define como un formato contractual de negocios que celebran dos personas físicas o jurídicas, económicamente independientes, por el cual una de ellas (franquiciador) cede a la otra parte (franquiciado) el derecho a utilizar, una técnica en la actividad industrial o comercial, como la marca o nombre, los conocimientos técnicos, bajo determinadas condiciones de control, por un tiempo determinado y en zonas delimitadas, a cambio de una contraprestación económica previamente acordada.

De igual manera, el tratadista argentino Marzorati define al contrato de franquicia como «aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir sus bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales»²⁴.

El autor Arce Gargollo,²⁵ define a la franquicia como «el contrato por el cual el franquiciante otorga al franquiciado la licencia de uso de una marca con el derecho de distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negocio mercantil de bienes o servicios. En ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca (s) y nombre (s) comercial (es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación»²⁶.

24 MARZORATI, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 17.

25 ARCE GARGOLLO, Javier. *El Contrato de Franquicia*. México: Themis, 1995, p. 34.

26 CHULIA VICENT, Eduardo. *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1995, tomo I, p. 165.

Los mecanismos de seguridad jurídica a los contratos de franquicia deben ser flexibles para no causar una fuga o restricción de empresas que desean invertir e incursionar en este tipo de contratos modernos, ya que deben ser regulados conforme al crecimiento, madurez, solidez de este tipo de contratos en el Perú. Cabe plantear por el momento una flexible regulación como un Código Deontológico de Franquicia (CDF) de manera concurrente con una Circular de Oferta de Franquicia (COF), que permitirán alcanzar con éxito los objetivos de la investigación, a fin de brindar protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú.

Entonces, en este marco de referencia, incluimos el aspecto histórico, ya que el contrato de franquicia es una rama relativamente nueva y moderna de «origen anglosajón. Se extiende por Europa a partir de los años 70». Aunque en la Edad Media existieron figuras un tanto similares al actual contrato de franquicia. Los primeros antecedentes y registros datan de los años 1851, fecha en que tuvo lugar su creación en los Estados Unidos de América, por la necesidad de tener un sistema de venta y colocación de productos más efectivo y eficiente en el mercado de entonces. La primera compañía en cambiar el sistema de ventas tradicional y común de ventas bajo comisiones fue la compañía Singer²⁷, vendidas en calidad de comisionista a cobrar a los agentes en ventas por el derecho de distribución y venta de las máquinas de coser de las compañías, las cuales se les entregaban a los vendedores a un precio inferior del mercado normal y el vendedor las vendía con un sobreprecio, resolviendo varios puntos negativos del sistema tradicional y clásico de comisiones, entre los cuales encontramos, las exageradas cargas salariales, flujo de caja, stock de productos, fletes, etc.

Este sistema de alta ingeniería tuvo mucho éxito, y como toda buena idea fue copiada y mejorada por otras compañías de la época, como es el caso de General Motors, Coca Cola y varias otras compañías petroleras como Estándar Oil.

27 A mediados del siglo XIX por los años 1862, en Estados Unidos un hombre de apellido Singer, dueño de la compañía *I.M. Singer & Company* que se dedicaba a la fabricación y venta de máquinas de coser tenía necesidad de distribución de sus productos pues el mercado estaba creciendo, pero no contaba con el capital para establecerse en otras partes o para surtir sus productos a consignación. Por lo anterior, decidió venderlas a sus propios vendedores para que estos las llevaran al consumidor final con un sobreprecio, sentando ahí sin saberlo las bases de lo que hoy en día es cuando las practicas más comunes para expandir un negocio.

Para el año 1900 se crea el sistema de sub-franquicia, por parte de la compañía Coca Cola, el cual revolucionó el mercado tradicional, tanto así que al poco tiempo no se daba abasto en la producción de dichas bebidas gaseosas, pero el verdadero auge se dio en la década de los años 50, y así su revolución en el mundo mercantil empieza un siglo después de su creación, debido a que los Estados Unidos se encontraba en una época de cambios ante deficiencias en los medios de comunicación lo cual debía solucionarse. Todo ello transcurría en el siglo XIX, al no existir vías de transporte moderno, comunicación entre Estados y demás mecanismos que hacían difícil el crecimiento de este tipo de contratos modernos.

Ya por el siglo XX, en la Segunda Guerra Mundial y con la depresión se produce un retroceso y estancamiento mercantil. Posteriormente, los Estados Unidos se posicionó como potencia mundial, tanto económica como bélica. Es por aquella época que se dieron diversos factores para su crecimiento y desarrollo, como lo es, la evolución legislativa – la *Lan Ham Acts* o Ley Federal de Marcas de los Estados Unidos de América de 1946, donde la dueña de la marca podía controlar la calidad de los bienes y servicios vendidos bajo la misma. En las décadas de 1950 y 1960 se comercializan cientos de franquicias en todo el territorio de los Estados Unidos, sobre todo en rubros de comida rápida, pero ya no solo se otorgaban derecho de uso de la marca, sino que el franquiciado compra el derecho de *know how*²⁸, experiencias en las diferentes operaciones del negocio y como debe administrarse la franquicia, es el caso de las tiendas de comida rápida *Mc Donald's*²⁹.

En Sudamérica, las franquicias comerciales y/o mercantiles empezaron a surgir en la década de los años 60 cuando se produjo la internacionalización de franquicias por parte de los Estados Unidos de América, iniciando dichos

28 ALCANTARA FRANCIA, Olga. «El contrato de licencia de *Know How* y la regulación de las obligaciones de confidencialidad y no competencia». En: *Ius et Praxis*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 31, 2000.

29 Tres personas fueron clave en la historia de la compañía más grande de la historia de las franquicias de comida rápida: Los hermanos Dick y Mac Mc Donald, que desarrollaron el concepto de «comida rápida», y Ray A. Kroc, quien creó el imperio. El paso a paso desde la apertura del primer local hasta la gran cadena de la actualidad en: <http://www.iprofesional.com/notas/155549-La-historia-de-McDonalds-y-cmo-pas-de-restaurant-de-barrio-older-mundial>

contratos en Médico, introduciendo sobre todo en el rubro de comida rápida como *Mc Donald's*, gaseosas como Coca Cola, tiendas de ropa, industrias, etc. Con el tiempo cada país inicio la creación de su propia franquicia, es así que en la actualidad en Brasil existen más franquicias nacionales que norteamericanas.

Actualmente, los países donde más se han desarrollado los contratos de franquicia son: México, Brasil, Chile, Argentina, Venezuela, Colombia, donde engloban más de 60 mil puntos de venta propios o franquiciados y una facturación aproximada de 30 mil millones de dólares.

Con referencia al Perú, los contratos de franquicia fueron inestables debido a la inseguridad jurídica e inestabilidad política, producto de los golpes de Estado, terrorismo, corrupción, normas restrictivas en este tipo de contratos, modelos económicos cerrados al comercio internacional y demás restricciones. Pero la evolución del sistema de franquicia en el Perú ha tenido en los últimos años un desarrollo sumamente importante y una línea de crecimiento destacable con un impacto directo en la economía Peruana. En la actualidad, su consolidación como modelo de desarrollo, gestión y expansión de negocios, es una realidad inminente, creciendo a un ritmo acelerado de 20% al año. El sistema genera alrededor de US\$1,000 millones de dólares norteamericanos anuales, existen más de 1,200 unidades franquiciadas que generan empleos para más de 20,000 peruanos. Al 2013, tenemos más de 330 marcas en el mercado peruano: 63% extranjeras y 37% nacionales. De las nacionales, un 66% en el rubro de gastronomía, y el otro 34% dividido en diferentes rubros como joyería, estética, salud, educación, servicios especializados, indumentaria y accesorios³⁰.

Es así que actualmente las franquicias acaparan los medios televisivos, esmerándose en la presentación de los formatos de entretenimiento como el programa "Operación Triunfo", franquicia española con mucho éxito que condujo al estrellato al cantante David Bisbal, otros programas de entretenimiento son "Yo Soy" y "El Ultimo Pasajero"(cuyo precio superó el millón de dólares norteamericanos), pues dichos formatos probados en diversos países otorgando positivos resultados en concurso y realities, lo cual proporciona millonarias ganancias. Asimismo, son relevantes los casos de GV Producciones (Gisela Val-

30 Al respecto, conviene revisar: <http://revistalawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>

cárcel) quien ha adquirido las franquicias más caras en el Perú, manifestando que es un Boom a nivel mundial, pero no todo es éxito. Por ejemplo la productora de ATV compró una franquicia llamada "Trato Hecho", pero la experiencia no fue buena. Luego adquirió otro formato llamado "Bailando por un Sueño" que fue un éxito. Otro personaje en adquirir formatos de franquicia fue Raúl Romero (Conductor de televisión y cantante), quien adquirió "Canta si Puedes" (costó un promedio de US\$.450.000.00 mil dólares norteamericanos), "Dr. Tv", etc. Hay empresas que están adquiriendo formatos de franquicia a los cuales les está yendo muy bien, como es el caso del franquiciador Endemol³¹ empresa que vendió muchas franquicias como alguna de las mencionadas líneas arriba.

Asimismo el Perú no se queda atrás³², pues los empresarios norteamericanos compraron un formato de franquicia peruano "Los Exitosos Gómez". Pero no son los únicos, pues Astrid & Gastón, Las Canastas, Pardo's Chicken, Bambos, D'Galia, Chi Lecca (estos dos últimos en el rubro institutos de formación), Enfokate (servicios especializados), Jeanet Salón Spa, Amariage (Peluquerías), Claudia Lira (Joyería), Sarcleti (cafeterías), Delicias (juguetería), se están sumando a los formatos de franquicia nacional que están siendo vendidas en el exterior.

Con respecto a las franquicias extranjeras la presencia en el mercado peruano sigue siendo dominada por los Estados Unidos de Norteamérica (37.1%), seguido de Argentina (26.7%), España (8.6%), Venezuela (3.3%) y Colombia (3.3%). Estas son las reconocidas Mc Donalds, KFC³³, Pizz Hut, Gold's Gym,

31 Las empresas franquiciadoras más importantes en producciones de realities, programas concursos son Endemol y Talpa de nacionalidad holandesa, Free Market, de nacionalidad inglesa (formato american idol), Sony, Televisa, Caracol, Sodiad, Harto (venden series)

32 según cifras oficiales el mercado peruano promueve aproximadamente US\$860 millones de dólares norteamericanos anuales, correspondiendo 140 millones de dólares norteamericanos a las franquicias peruanas con locales en el país y en el extranjero, asimismo un aproximado de 100 mil empresas peruanas tienen las condiciones necesarias y están a la espera de una oportunidad para franquiciar su marcas, tanto a nivel nacional como internacional. En: MORE NEWS: www.bizusaperu.com

33 Kentucky Fried Chiken fue la primera franquicia internacional que ingreso al Perú, atravesando diversos obstáculos como el terrorismo, su primero local estuvo ubicado en la Avenida Arequipa en el distrito de Miraflores, sufriendo ataques en dos ocasiones por parte de los subversivos de Sendero Luminoso.

Adidas, Bally, Kenneth Cole, Hollys Café, Inmobilia, Mod' Art International, Gloria Jeans Coffee, Combate Tv, Yoguen Fruz, etc., es tanto éxito que cada 15 minutos, se abre una nueva franquicia en el mundo y en Latinoamérica³⁴.

Pero la falta de una regulación, que establezca garantías necesarias para el adecuado desarrollo de este formato de contrato de franquicia, hace constar la deficiencia que existe, ya con una adecuada y flexible normatividad, que comprende un Código Deontológico de Franquicia (CDF) y una Circular de Oferta de Franquicia (COF), que aliente a la inversión evitando abusos, incumplimiento de obligaciones, estafas, fraudes, principalmente por parte del franquiciador (contrato de adhesión), como es el caso controvertido de la franquicia "Mis Costillitas" empresa dedicada al rubro de comidas (parrillas), pues aquí se incumplió la obligación contractual por parte del franquiciador, ya que se vendieron dos franquicias en una zona determinada solo para una de ellas (primer franquiciador), en esta transacción se desvirtuó el contrato (cláusula de exclusividad), pues a falta de una normatividad explícita para tal tipo de contrato, simplemente la primera franquiciada es vulnerada mediante un incumplimiento de obligación, ya que dichos locales entraron en competencia, disminuyendo sus ingresos y a la larga se ha creado un tipo de conflicto entre las franquiciadas dando como resultado la quiebra de una de ellas. Este accionar delictivo no solamente se da por parte de empresas determinadas en el territorio nacional, sino también de franquicias extranjeras que vienen a invertir al Perú.

A partir de ahí, podemos manifestar que es necesario otorgar alternativas de protección jurídica al contrato de franquicia, ya que la actuación de la empresas franquiciadoras mediante un contrato de adhesión vulnera los derechos de los franquiciados (parte débil en un contrato de adhesión), por lo general. Por tanto es necesaria una regulación mediante la dación de un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Oferta de Franquicia, para otorgar mayor seguridad a los inversionistas que muchas veces invierten los ahorros de toda su vida.

Como sabemos países como Estados Unidos, España, México, Francia, Brasil, Argentina, Ecuador, Venezuela y muchos otros como los pertenecien-

34 MORE NEWS: www.bizusaperu.com

tes a la Unión Europea³⁵, tienen un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Oferta de Franquicia, que otorga mayor seguridad a los inversionistas, sobre todo a los franquiciados que son la parte más débil en este tipo de contratos, lo cual no se otorga en el Perú, ya que son varias las leyes que en forma conjunta regulan los contratos de franquicia, pero de forma supletoria, mas no especifica y clara, otorgando interpretaciones muchas veces erróneas a los operadores jurídico (jueces). Algunas de ellas, que se utilizan de forma supletoria son la Constitución Política del Perú, el Código Civil del 1984, el Código de Comercio, normas del Indecopi y las normas nacionales y regionales (decisiones de la Comunidad Andina) sobre propiedad intelectual, leyes laborales, tributarias, etc.

Ahora surgen diversas posiciones unos a favor y otras en contra, pero al margen de ello es necesario otorgar protección jurídica a las fuertes cantidades invertidas en la compra de un franquicia en el Perú, pues existen elementos suficientes para determinar su necesidad como lo mencionamos líneas arriba, por lo cual un Código Deontológico o llamado también Ética sería de gran ayuda y protección, ya que otorgará un equilibrio entre las partes (franquiciador y franquiciado), evitando de esta manera los abusos (contratos de adhesión), incumplimiento de obligaciones, usurpaciones, estafas, deslealtades, etc.

Pues de esta forma estaríamos otorgando protección y velando por un comportamiento ético del todo poderoso franquiciador en sus relaciones con el débil franquiciado, sometido a un contrato de adhesión, con lo cual se estaría brindando una seguridad jurídica a los inversionistas que desean incursionar en este innovador contrato de franquicia, que si bien es cierto otorga grandes beneficios si se tiene una seguridad jurídica, también apareja dificultades, ya que este tipo de Código por lo general carece de un poder vinculante, asimismo para que exista este tipo de Código es necesario que las empresas franquiciadoras y franquiciadas pertenezcan a una asociación.

De esta manera se podrá sancionar a las empresas que incumplan dicho Código, pero a la vez otorgar una Circular de Oferta de Franquicia, el cual es un instrumento que ha contribuido a lo largo de los años a consolidar el formato

35 Este Código es más conocido como *European Franchise Federation* (EFF), que entró en vigencia el 1 de enero de 1991, la cual es aplicada a todas las operaciones de franquicia, exceptuando las franquicias master. Cfr. *ABC de la franquicia*. En: www.torno.com

de franquicias en muchos países del mundo, otorgando mayor seguridad a los contratos de franquicia, es así que en la mayoría de los países en los cuales se aplica esta figura jurídica se está obteniendo un desarrollo y una consolidación considerable. En algunos países se conocen con otros nombres como Carpeta de Información de Franquicia (CIF), es por ello que la Circular de Oferta de Franquicia (COF) es tan importante como el contrato mismo de franquicia, ya que en ella se plasman las obligaciones principales de las partes que serán detalladas en el contrato de franquicia, pues con esta COF el franquiciado antes de celebrar el contrato definitivo de franquicia, tendrá la posibilidad de conocer con mayor precisión, veracidad y confianza el formato ofrecido como franquicia, como su fórmula, su red, los socios (o) de la franquicia, precisiones acerca de los resultados económicos posibles del negocio y los términos y condiciones que regirán en el otorgamiento de dicha franquicia.

Es por ello que esta COF deber ser entregada como una guía antes de la firma del contrato definitivo, pero es menester también brindar protección a los franquiciadores, en consecuencia también ellos evaluarán a los posibles franquiciados. Ahora también deben indicarse los puntos que deben estar señalados de forma clara y precisa, para así gozar de validez. Por ello este documento debe ser indispensable como requisito para todo tipo de contratos de franquicia que pretenda vender un franquiciador y a la vez que pretenda comprar un franquiciado cumpliendo un papel informativo y promocional sobre todo para el adherente de este tipo contractual, ya que la COF le permitirá formar un idea primaria de la franquicia a adquirir antes de dar una conformidad de las negociaciones y del contrato brindado. Por ello proponemos que se regule con el fin de otorgar protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú.

3.- PLANTEAMIENTO DE REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

En el Perú la incidencia delictiva mediante, abusos, estafas, usurpaciones, engaños, incumplimiento de obligaciones tiene cada vez más arraigo y frecuencia, con tendencia a continuar desarrollándose. Un gran número de empresas franquiciadoras conocidas en el mercado como *franchichas* incurrir con frecuencia en delitos de estafas, incumplimiento de obligaciones, abusos graves, etc. Dichas acciones se encuentran debidamente tipificadas y sanciona-

das por diversas normas, pero de forma supletoria y general, mas no explícita y específica, por lo cual es aprovechada por los estafadores que hacen pasar un franquicia como una oportunidad para invertir, pero que al tiempo cae en fracasos, incumplimiento de obligaciones como por ejemplo las capacitaciones, propagandas, territorialidad como exclusividad, entre otros, otorgando un aire de injusticia ante la sociedad, por lo cual la reacción al detrimento de sus derechos afectados ya sea mínima o leve no es muy bien acogida.

Por ello esta falta de regulación a los contratos de franquicia en el Perú, genera cierta forma que se cometan diversas acciones negativas en contra de los franquiciados, por los que es vital formular una propuesta legislativa para otorgar una mejor seguridad jurídica a los contratos de franquicia, mediante un Código Deontológico de Franquicia, para lo cual deben estar asociadas las empresas franquiciadoras y también se debe formular una Circular de Oferta de Franquicia, lo cual servirá para brindar un equilibrio entre las partes contratantes (franquiciador y franquiciado) en el Perú.

La falta de regulación jurídica ha traído a colación directa el ostensible incremento de las empresas que incurren en incumplimiento de obligaciones, estafas, abusos en los contratos, y además actos delictivos que contravienen a las normas, quedando el operador jurídico sin alternativa más que calificar recurriendo de forma supletoria a las normas del código Civil (Obligaciones y Contratos), Código de Comercio, Normas del INDECOPI, normas de la Comunidad Andina y Tratados de Libre Comercio.

Ante ello, resulta necesaria una inmediata regulación legislativa, (Código Deontológico y una Circular de Oferta de Franquicia) con la finalidad de aplicar un mejor y acucioso criterio de real magnitud a la hora de calificar a dichas empresas franquiciadoras que desarrollan conductas y acciones en detrimento de los franquiciados y la sociedad peruana.

4.- CONCLUSIONES

Se requiere la aprobación de Códigos Deontológicos en el contrato de franquicia y formular alternativas que conlleven al cumplimiento de las obligaciones de las partes.

Igualmente, se requiere una normatividad especial que brinde seguridad jurídica a los inversionistas, consumidores y el Estado.

5.- RECOMENDACIONES

Exhortar a las organizaciones empresariales y ____ para que alientes el desarrollo de esta modalidad contractual.