

MECANISMOS DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Hernán Figueroa Bustamante

1. Antecedentes

En los últimos años, el contrato de franquicia ha tenido un positivo y destacable desarrollo en el Perú ¹, pero dicha figura nominada ² y atípica ³, carece de regulación específica.

Nuestro país no ha sido ajeno a dichos beneficios brindados por los contratos de franquicia, habiendo 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 pese a estarse frente a un tipo de contrato mercantil *sui generis*, complejo, con característica consensual, bilateral, de tracto sucesivo, principal, 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” ⁴.

¹ 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.

² En Roma se podían distinguir entre contratos nominados e innominados, para el primero de ellos, eran aquellos que tenían nombre propio, como una compraventa, un arrendamiento, contrato de sociedad, el mandato y los contratos innominados eran aquellos que no tenían nombre.

³ Con respecto a los contratos típicos y atípicos, se sostiene que los contratos innominados cobran una gran importancia en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial (Plan Marshall). Por ello los contratos atípicos son productores de la inversión de las partes, de mutuo acuerdo o como “mezcla” de contratos que ya están regulados en las Leyes especiales o el mismo Código. CHULIA VICENT, Eduardo. *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1995, tomo I, p. 162.

⁴ 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.

En el país encontramos distintas regulaciones que versan de forma ligera sobre los contratos de franquicia, entre las cuales, cabe mencionar las siguientes:

- a. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI ⁵ (Título XI – Transferencia de Tecnología Extranjera, artículo 55, 56 y 57), ente encargado de regular y registrar las franquicias extranjeras en el Perú a través de su Oficina de Signos Distintivos, área de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera.
- b. La Decisión N° 291 de la Comisión de Acuerdo de Cartagena, sobre tratamiento de capitales Extranjeros y sobre marcas, Licencias y Regalías, normas que señalan los requisitos esenciales para la inscripción de una franquicia extranjera.
- 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 otros.
- h. El Código de Comercio de 1902 ⁶, otorgando el vehículo de inversión, uso de títulos valores, gestión social, transacción comercial y demás cuestiones.

⁵ 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 instituciones 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 25.868, INDECOPI. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Contratación masiva. Protección al consumidor*. Lima: Editorial Motivensa, 2009, p. 119.

⁶ El Código de Comercio de fecha 15 de febrero de 1902, es el Código más antiguo que ostentamos y que continua 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.

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 los parámetros para la regulación del mencionado contrato, 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 1991⁷.

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, como Arias Schreiber⁸, manifiestan que deberían regularse rigurosamente o de forma flexible este tipo de contratos, para de esa forma se les brinden garantías a los partícipes de los contratos de franquicia, ya que los países más desarrollados del mundo ostentan una regulación estricta como señala un representante de *Francorp*, que “para desarrollar este sistema en el Perú, es necesaria la existencia de una legislación específica sobre los contratos de franquicia”⁹.

Estimamos 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”¹⁰. Este hecho 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 impen-

⁷ ESPALIAT CANU, Mauricio y ESPALIAR PLANAS, Patricia. *Franquicia: Una alternativa de trabajo independiente*. Madrid: Editorial Windsor, 2002, p. 135.

⁸ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Los contratos modernos*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2001.

⁹ DEL RIO, José. Representante de Francorp Perú – Consultora de Franquicias.

¹⁰ GLEISER, Samuel. Representante de la Asociación Peruana de Franquicias.

sables 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 línea con lo señalado, considerando la importancia económica y las características propias del sistema de franquicia, somos de la opinión de que se requiere 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 aprovecharán plenamente con una identificación de actores, derechos de propiedad intelectual bien definidos, obligaciones específicas de las partes, fácil ejecución de garantías, entre otros muchos aspectos¹¹. Lo relevante no es que la ley otorgue o no un nombre al contrato, sino que este tenga su regulación propia, aunque la ley pueda, eventualmente, efectuar remisión o reenvío de la cual se infiera aquella disciplina ¹².

Al respecto, y en contraposición a ello, 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 Política” ¹³.

Al respecto, el Código de Ética de Franquicia, llamado también Código Deontológico de Franquicia, puede constituir un paso muy importante para el Perú. Asimismo, establecer en nuestro país una Circular de Oferta de Franquicia – COF. En los casos de Francia, México, Argentina, Ecuador, Venezuela y otros, la COF ayuda a la seguridad jurídica de ambas partes, sobre todo a la parte más

¹¹ AGUIRRE, Walter. *El contrato de franquicia. Multiplicador de negocios*. En: <http://revista-lawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>

¹² SPOTA, Alberto. *Instituciones del Derecho Civil*. Buenos Aires: Astrea, 1975.

¹³ BRAVO MELGAR, Sidney. *Contratos modernos*. Lima: Ediciones Legales, 2010.

débil, el franquiciado, ya que dicho contrato es por lo general un contrato de adhesión en el cual se somete a la voluntad del franquiciador.

Es por ello que, 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 esta manera se podrán evitar los atropellos, los malos entendidos, los abusos, los incumplimientos de obligaciones, las estafas, etc., hoy en día más conocidas en nuestro país como *franchichas*¹⁴. Si el contrato de franquicia difiere sustancialmente de la COF, el franquiciado contará con información suficiente para conducirse 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

Sostenemos que en el Perú es menester crear un Código Deontológico de Franquicia y una norma general sobre franquicia para poder regular a las partes intervinientes en el contrato, pues la cultura de protección no debe ser ignorada por los compradores de franquicias nacionales y extranjeras. Es importante ya que, 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 se encuentra en crecimiento constante a nivel nacional e internacional.

2. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia

La presente ponencia busca comprender la estructura de las alternativas de protección jurídica a los contratos de franquicia en el Perú, para lo cual se ha definido el espacio y tiempo de investigación, planteándose a necesidad de abordar 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 otros¹⁵. Asimismo, son muchas las definiciones que se le han otorgado a lo largo del tiempo, pero como la gran

¹⁴ 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 de 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.

¹⁵ Cfr. SCHEREIBER PEZET, Max y SCHEREIBER MONTERO, Angélica. *Los contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, p. 106.

mayoría de contratos modernos atípicos, han surgido por la necesidad de la expansión y crecimiento del tráfico comercial.

El ilustre tratadista argentino Osvaldo 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 comercializar 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”¹⁶.

El autor Arce Gargollo¹⁷, 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”¹⁸.

En el 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.

A partir de ahí, podemos manifestar que es necesario otorgar alternativas de protección jurídica al contrato de franquicia, ya que la actuación de las empresas franquiciadoras mediante un contrato de adhesión constituye un peligro potencial en cuanto vulneración de derechos de los franquiciados (recordemos, en su calidad de parte débil). Por tanto, consideramos que 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.

¹⁶ MARZORATI, Osvaldo J. *Franchising*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 17.

¹⁷ ARCE GARGOLLO, Javier. *El Contrato de Franquicia*. México: Themis, 1995, p. 34.

¹⁸ CHULIA VICENT, Eduardo. *Aspectos jurídicos de distintos contratos atípicos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1995, tomo I, p. 165.

Como sabemos, países como Estados Unidos, España, México, Francia, Brasil, Argentina, Ecuador, Venezuela y muchos otros como los pertenecientes a la Unión Europea¹⁹, tienen un Código Deontológico de Franquicia y una Circular de Oferta de Franquicia. Insistimos que no es así en el Perú, ya que en nuestro país son varias las leyes que en forma conjunta regulan los contratos de franquicia, pero de forma supletoria y no específica, dando lugar a interpretaciones (muchas veces erróneas) por parte de los operadores jurídicos, particularmente jueces.

3. Planteamiento de regulación jurídica del contrato de franquicia

Un gran número de empresas franquiciadoras, conocidas en el mercado como informales, incurren con frecuencia en delito de estafa, incumplimiento de obligaciones, abusos graves, etc. Dichas acciones se encuentran debidamente tipificadas y sancionadas 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 una franquicia como una oportunidad para invertir pero que, transcurrido el tiempo, se traduce en incumplimiento de obligaciones, otorgando un aire de injusticia ante la sociedad.

Por todo lo expuesto, hacemos hincapié nuevamente en la necesidad vital de formular una propuesta legislativa que permita otorgar una mayor seguridad jurídica a los contratos de franquicia en el Perú, mediante un Código Deontológico de Franquicia (para lo cual deben estar asociadas las empresas franquiciadoras) así como formular la obligatoriedad para el franquiciante de emitir una Circular de Oferta de Franquicia en instancia pre contractual, con el objeto de promover un mayor equilibrio entre las partes.

La falta de regulación jurídica ha traído a colación directa el ostensible incremento de las empresas que incurren en incumplimiento de obligaciones, en los contratos, quedando el operador jurídico sin otra alternativa más que recurrir 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.

¹⁹ Este Código es más conocido como *European Franchise Federation* (EFF), que entró en vigencia el 1 de enero de 1991, el cual es aplicado a todas las operaciones de franquicia, exceptuando las franquicias *master*. Cfr. *ABC de la franquicia*. En: www.torno.com.

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 a los colegios profesionales para que alienten el desarrollo de esta modalidad contractual.