



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRIA EN DERECHO

“REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL PERÚ”

TESIS

**Presentada para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho con
mención en Derecho Empresarial**

PRESENTADA POR:

Abog. KEIICHI OLESHKA CHIRINOS FERNÁNDEZ
Abog. MANUEL FRANCISCO PORRO RIVADENEIRA
Abog. TERESA DEL CARMEN RONCAL GONZALEZ

LAMBAYEQUE, PERÚ 2017

"REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL PERÚ"


Abog. KEIICHI OLESHKA

CHIRINOS FERNÁNDEZ

TESISTA


Mgtr. CARLOS CEVALLOS


BARRENECHEA

ASESOR


Abog. MANUEL FRANCISCO

PORRO RIVADENEIRA

TESISTA

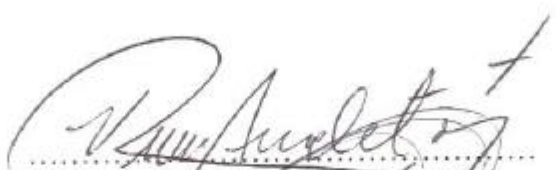

Abog. TERESA DEL CARMEN

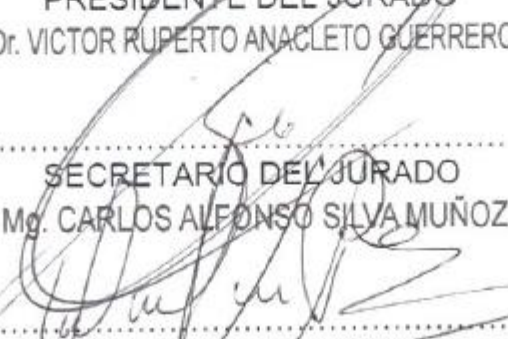
RONCAL GONZALEZ

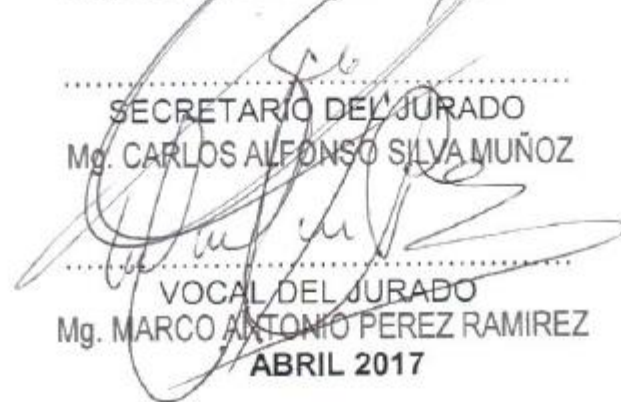
TESISTA

**Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo. Para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON
MENCIÓN EN DERECHO EMPRESARIAL**

APROBADA POR:


PRESIDENTE DEL JURADO
Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO


SECRETARIO DEL JURADO
Mg. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ


VOCAL DEL JURADO
Mg. MARCO ANTONIO PEREZ RAMIREZ
ABRIL 2017

DEDICATORIA

A Dios

Por habernos permitido llegar hasta este punto y habernos dado salud para lograr nuestros objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A nuestros padres.

Por habernos apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que nos han permitido ser unas personas de bien, por los ejemplos de perseverancia y constancia, pero más que nada, por su amor.

AGRADECIMIENTOS

Gracias, de corazón, a nuestro asesor Dr. Carlos Ceballos Barrenechea. Gracias por su paciencia, dedicación, criterio y aliento. Ha sido un privilegio poder contar con su guía y ayuda.

Y por encima de todo y con todo nuestro amor, gracias a nuestras familias por estar incondicionalmente todos estos años. Gracias a nuestros padres Martha, Jorge, Teresa, Carlos y Paula. Y gracias a los que vienen y los que ya no están. Gracias por todo, los queremos con todo el corazón.

INDICE GENERAL

Resumen	
Abstract	
Introducción	1
<u>CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO</u>	3
1. UBICACIÓN	3
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
3. CÓMO SE MANIFIESTA Y QUE CARACTERÍSTICAS TIENE	4
3.1. Objetivos	6
3.1.1. Objetivo General	6
3.1.2. Objetivos Específicos:	6
4. METODOLOGIA EMPLEADA	6
4.1. Población y Muestra	7
4.2. Identificación y clasificación de las variables	7
<u>CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO: EL CONTRATO DE FRANQUICIA</u>	9
1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE UNA ÓPTICA	9
DOCTRINARIA	
1.1. Aspectos Generales	9
1.2. Concepto	9
1.3. Diferencias entre la franquicia y otras operaciones y	16
contratos	
1.4. Características	18
1.5. Clasificación	24
1.6. Formación del Contrato	28
1.7. Elementos	29
1.7.1. Elementos personales o de las partes	29
1.7.2. Elementos formales	30
1.7.3. Elementos reales	30
1.7.3.1. Marcas	30
1.7.3.2. Aviso comercial	31

1.7.3.3.	Patentes	31
1.7.3.4.	Tecnología	31
1.7.3.5.	Contraprestación o regalías	32
1.7.3.6.	Licencia de Marca	32
1.7.3.7.	Transferencia de un know how	33
1.7.3.8.	Regalías o Canon	33
1.7.3.9.	Territorio	33
1.7.3.10.	Asistencia del franquiciante al franquiciado	33
1.7.3.11.	La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar	34
1.7.3.12.	Confidencialidad	34
1.7.3.13.	Plazo de duración del contrato	34
1.8.	Derechos y Obligaciones de las partes	35
1.8.1.	Derechos del franquiciante	35
1.8.2.	Obligaciones del franquiciante	35
1.8.3.	Derechos del franquiciado	37
1.8.4.	Obligaciones del franquiciado	37
1.9.	Ventajas y Desventajas de las franquicias	39
1.9.1.	Ventajas de las Franquicias	39
1.9.2.	Desventajas de las Franquicias	43
1.10.	Extinción del contrato de franquicia	45
2.	REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE UNA ÓPTICA LEGISLATIVA	47
2.1.	En el Perú	47
2.1.1.	Marco constitucional	47
2.1.1.1.	El Derecho a la Libertad de Constituir Empresa	50
2.1.1.1.1.	Contenido Esencial de la Libertad de Empresa – Límites	52
2.1.1.1.2.	La Función Social como Límite a Libertad de Empresa	59
2.1.1.1.3.	Mecanismos de Protección	60

2.1.1.1.4.	La Libertad de Empresa como	61
	fundamento de la Autonomía Privada	
2.1.1.2.	Autonomía de la voluntad	63
2.1.1.2.1.	El principio de la Autonomía de la	64
	voluntad	
2.1.1.2.2.	Clases de la Autonomía de la Voluntad	65
2.1.1.2.3.	Los Límites de la Libertad Contractual	67
2.1.2.	Código de Comercio y Código Civil	70
2.1.3.	Legislación Especial	72
2.1.3.1.	Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena	72
2.1.3.2.	Decisión N° 486 de la Comisión de la	73
	Comunidad Andina	
2.1.3.3.	El Decreto Legislativo N° 662	73
2.1.3.4.	Decreto legislativo N° 807	75
2.1.3.5.	Decreto Legislativo N° 823:	75
2.1.3.6.	El Decreto Legislativo N° 1075	76
2.1.3.7.	Decreto Legislativo N° 1033	76
2.1.3.8.	Decreto Supremo N° 085 – 2010-PCM	77
2.2.	Tendencias de la Legislación Comparada	78
2.2.1.	Países que no cuentan con regulación	78
2.2.1.1.	Ecuador	78
2.2.1.2.	Bolivia	83
2.2.1.3.	Colombia	83
2.2.1.4.	Chile	87
2.2.1.5.	Alemania (Betrich Franqchising)	89
2.2.1.6.	Inglaterra	92
2.2.2.	Países que regulan algunos aspectos de la franquicia	94
2.2.2.1.	Brasil	94
2.2.2.2.	Argentina	98
2.2.2.3.	México	100
2.2.2.4.	Venezuela	104
2.2.2.5.	España	105
2.2.2.6.	Rusia	110

2.2.2.7. Canadá	112
2.2.2.7.1. Alberta	114
2.2.2.7.2. Ontario	115
2.2.2.7.3. Isla del Príncipe Eduardo, Nuevo Brunswick y Manitoba	115
2.2.2.7.4. Quebec	117
2.2.2.8. China	117
2.2.2.9. Italia	122
2.2.3. Países que regulan de una manera extensa	128
2.2.3.1. Estados Unidos de América	128
2.2.4. Algunos Organismos Internacionales relacionado con la franquicia	134
2.2.4.1. Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)	134
2.2.4.2. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)	136
2.2.4.3. Federación Europea de Franquicias (EFF)	136
2.2.4.4. Federación Iberoamericana de Franquicias-FIAF	138
 <u>CAPITULO III: ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA</u>	 140
 <u>REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL PERÚ</u>	
1. ASPECTOS PRELIMINARES	140
2. DATOS COMPARATIVOS	142
3. LA SEGURIDAD JURÍDICA	146
4. FIGURAS CONTRACTUALES QUE RESUELVEN LOS CONFLICTOS	156
4.1. Los usos y costumbres	158
4.2. Aplicación del artículo 1353 del Código Civil y su relación con los contratos atípicos	162
4.3. Aplicación de las normas de contratos afines	165
5. LA NECESIDAD DE LA DACIÓN DE UNA NORMA PARA EL CONTRATO DE FRANQUICIA	167

Conclusiones	172
Recomendaciones	174
Bibliografía	175

Índice de Cuadros

Gráfico N° 1: Franquicias Nacionales y Extranjeras que operan en nuestro país- 2015	141
Gráfico N° 2: Regulación del contrato de Franquicias a Nivel Internacional	143
Gráfico N° 3: Número de franquicias	143
Gráfico N° 4: Cantidad de Unidades	144
Gráfico N° 5: Facturación en Millones US\$	144
Gráfico N° 6: Crecimiento en %	145
Gráfico N° 7: Personal Empleado	145

Índice de Anexos

Anexo 1: proyecto de ley para regular el contrato de Franquicia	186
---	-----

RESUMEN

A pesar de la importancia que ha adquirido el contrato de franquicia en la dinámica comercial actual, hay una falta general de conocimiento de la naturaleza exacta de este modo de hacer negocios, así como de las cuestiones legales y prácticas que deberían ser tratadas por cualquier empresario que piense hacer uso del instrumento de la franquicia, para evitar los fraudes entre las partes y las interpretaciones dudosas del contrato ello por no existir una norma especial en nuestro ordenamiento jurídico.

El contrato de franquicia en Perú es un contrato atípico y por tal razón se rige por los principios generales de los contratos, por el principio de la autonomía de la voluntad privada y por la costumbre. Asimismo le son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como común para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; sin embargo, nos preguntamos si son suficientes estas herramientas jurídicas o si requerimos de una regulación específica para que la franquicia se consolide como un método de comercialización de productos y servicios en nuestro país.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato de Franquicia carece de una definición legal y presenta vacíos jurídicos con relación a su desarrollo, consideramos necesario establecer las razones por la cual debe regularse el contrato de franquicia en el Perú y su amplitud. Adicionalmente, pretendemos establecer, a partir del estudio del contrato de franquicia y las normas del derecho comparado, los lineamientos básicos a incluir dentro de una propuesta normativa.

ABSTRACT

Despite the importance that has acquired the franchise contract in the current commercial dynamics, there is a general lack of knowledge of the exact nature of this way of doing business, as well as the legal and practical issues that should be addressed by any entrepreneur who plan to use the instrument of the franchise, to avoid fraud among the parties and the dubious interpretations of the contract by the absence of a special rule in our legal system.

The Franchise contract in Peru is an atypical contract and for this reason it is governed by the general principles of contracts, for the principle of party autonomy and private by custom. Likewise also are applicable, both the general rules laid down in the legal system as common to all of the obligations and contracts, such as those arising in the uses and social practices; however, we wonder if these are sufficient legal tools or if you require a specific regulation to which the franchise is consolidated as a method of marketing products and services in our country.

In this regard, taking into account that the Franchise contract lacks a legal definition and presents legal voids in relation to their development, we consider it necessary to conduct an analysis of the importance of regulating this contractual relationship in Peru and the legal consequences that would bring. In addition, we aim to establish, starting from the study of the franchise contract and the rules of comparative law, the basic guidelines to include within a policy proposal.

INTRODUCCIÓN

La franquicia en la actualidad es un modelo contractual que se encuentra en pleno apogeo, sea cual fuere el sector de actividad en el que la empresa opere, ya sea en manufactura, comercialización o distribución de productos o en la prestación de servicios, la franquicia representa una de las alternativas más rentables y eficaces para la consecución de objetivos referentes a la cobertura de nuevos mercados, pero también es hoy en día una excelente forma de hacer negocios, ya sea invirtiendo en alguna o adoptándola como estrategia de crecimiento de la empresa.

Sin embargo, pese a sus bondades se presentan determinados problemas tanto para el franquiciante como para los franquiciados, entre ellos el desconocimiento y la desconfianza, por los fraudes entre las partes y las interpretaciones dudosas del contrato, representando un negocio de alto riesgo, ello principalmente por la inexistencia de una Ley de Franquicias que sirva de estímulo para una inversión segura, estable y confiable dentro del territorio nacional, que proteja y defienda los derechos de los inversionistas ante el apetito voraz de empresarios inescrupulosos.

Por otro lado, un sector de la doctrina señala que regular un contrato significa limitar la autonomía de la voluntad; no obstante, una regulación *pro inversionista* no implica necesariamente eliminar o prescindir de la autonomía de la voluntad, solo precisa delimitarla para lograr relaciones jurídicas más seguras, de modo que el riesgo se reduzca al máximo.

Por lo tanto, en esta tesis formulamos el presente problema ¿Por qué razones y en qué amplitud debería regularse el contrato de franquicia en el Perú?, siendo el objetivo general de nuestro estudio establecer las razones y la amplitud por la cual debe regularse el contrato de franquicia en el Perú. Además, se persiguen tres objetivos específicos, analizar doctrinariamente al contrato de franquicia; analizar el marco regulatorio nacional y comparado del contrato de franquicia; y por último determinaremos las razones y la amplitud que sustentan la regulación de la franquicia en el Perú.

Con el objetivo de contribuir a la divulgación y de promover la expansión empresarial mediante un formato o modelo de negocio exitoso, es que nuestra hipótesis propone que debería regularse el contrato de franquicia en el Perú porque otorgará mayor seguridad jurídica en su contratación y evitará el uso de contratos afines al mismo para solucionar los conflictos que se susciten en su aplicación, debiendo darse una norma que regule la etapa precontractual.

Por tal motivo, este estudio está compuesto por tres capítulos, en el primero describiremos la parte metodológica de la tesis; en el segundo capítulo se revisan los aspectos generales del contrato de franquicia desde una óptica doctrinaria y legislativa; y en el tercer capítulo expondremos nuestros argumentos en favor de la regulación del contrato de franquicia en el Perú.

CAPITULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. UBICACIÓN

La presente tesis tiene como área de estudio el marco jurídico normativo del contrato de franquicia en la República del Perú.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La franquicia en la actualidad es un modelo contractual que se encuentra en pleno apogeo, ya sea para la venta de productos o para la prestación de servicios. Verificándose que dicha modalidad contractual no se encuentra regulada por la legislación positiva, de allí que la mayoría de los doctrinarios señalan como característica esencial su carácter atípico, pero pese a ello debe tenerse en cuenta que está reconocida por la realidad social, por lo que podemos hablar de una tipicidad social¹.

En el Perú, coexisten franquicias nacionales y extranjeras²; cuya práctica contractual está en franco crecimiento, existiendo un mercado potencial que no se encuentra exento de determinados problemas debido principalmente por la inexistencia de una Ley de Franquicias que sirva de estímulo para una inversión segura, estable y confiable dentro del territorio nacional.

En ese sentido, de acuerdo a la experiencia internacional, las Franquicias van buscando su propia identidad normativa en base a sus necesidades jurídicas, siendo que éstas, parten del sistema de relaciones económicas en el que se desarrolle el negocio.

¹ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. 2005. Régimen Jurídico Aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia Colombiana. REVIST@ e – Mercatoria, 4, 34.

² CÁMARA PERUANA DE FRANQUICIAS. Sector franquicias en Perú crecerá 20% en 2015. PQS PORTAL.2015 [en línea]. <<http://pqs.pe/economia/sector-franquicias-en-peru-crecimiento-2015>>. El director de la **Cámara Peruana de Franquicias** (CPF), Luis Kiser, manifestó que para el primer semestre del año 2015, hubo 426 franquicias en el Perú, de las cuales 187 son nacionales (44%) y 239 extranjeras (56%)

Hasta hace poco existía escasa regulación sobre las Franquicias, debido a que la mayoría de países consideraban a este contrato como producto de la autonomía de la voluntad y, por tanto, sujeto a las reglas generales de los contratos; sin embargo, actualmente tenemos a países que han visto un creciente aumento del número de operaciones de franquicia alentados por una legislación que propicia su contratación.

Finalmente, debemos señalar que en el caso peruano, el negocio de las franquicias empieza a despegar, pero se encuentra diez veces menos desarrollado que el promedio latinoamericano³, y dicho porcentaje se incrementa cuando hacemos un comparativo con países que cuentan con una regulación específica de la franquicia.

3. CÓMO SE MANIFIESTA Y QUE CARACTERÍSTICAS TIENE

Un aspecto importante a considerar cuando una empresa desea crecer, es la forma a través de la cual diseñará su proyecto de expansión. En ese sentido, el derecho presenta una serie de alternativas que procuran ayudar al empresario a fin de que dicho crecimiento se haga realidad.

Las formas pueden ser variadas, ya sea que la empresa emplee sus propios recursos o acaso con la colaboración de terceros que tengan algún interés en el negocio.

En ese sentido, si la empresa utiliza sus propios recursos podría constituir una sucursal u oficina, o constituir una subsidiaria. En los casos propuestos se requiere entre otras cosas una gran cantidad de liquidez para poder contratar personal y capacitarlo, alquilar o adquisición de inmuebles, maquinarias y equipos, lo que supone una gran inversión; sin embargo, lo favorable estaría dado por el control del negocio que tendría el empresario.

³ DIARIO EL COMERCIO. ¿Iniciarás tu propio negocio? Dale una mirada a las franquicias, [en línea]. 18/03/2015.<<http://elcomercio.pe/economia/peru/iniciaras-tu-propio-negocio-dale-mirada-franquicias-noticia-1798121>> [consulta: 19 enero 2016]

Ahora bien, si la decisión adoptada pasa por tener que colaborar con terceros ajenos al negocio pero interesados en él; entonces, surgen contratos como la comisión mercantil, la agencia mercantil, las concesiones mercantiles, o acaso promover alianzas estratégicas a través de asociaciones en participación, consorcios o joint ventures y el empleo de la Franquicia. En los casos propuestos el empresario cede cierto control sobre las operaciones pero ahorra en el empleo de recursos financieros, ya que son compartidos o los facilita el tercero, como en el caso de la Franquicia. No obstante, cabe señalar que por su importancia destacan las concesiones mercantiles, los joint ventures y la franquicia, siendo nuestro tema de estudio este último contrato, puesto que se ha configurado como una estrategia de negocio capaz de adaptarse a las exigencias más variadas del mercado incluso en aquellos de cambios inusitados.

Acertadamente señala Marzorati que “(...) Desde un punto de vista económico, no cabe duda alguna de que la franquicia es un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios”⁴. Sin embargo, no existe uniformidad entre las legislaciones que lo han tipificado, ni entre la doctrina ni la jurisprudencia respecto de la definición y elementos del contrato de franquicia comercial.

De otro lado, debemos señalar que las relaciones jurídicas derivadas del contrato de franquicia suponen un riesgo tanto para el franquiciante como para el franquiciado. Para el primero, porque pone en manos de un tercero su marca y su buen nombre; y para el segundo, supone un riesgo por la inversión y, acaso, el desconocimiento en un negocio que va a emprender.

Cabe destacar, que el contrato de franquicia en el Perú es un contrato atípico y por tal razón se rige por los principios generales del contrato, por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y por la costumbre. Asimismo, le son aplicables tanto las normas generales

⁴ Marzorati, Osvaldo. Franchising. Editorial Astrea. 2001. 1p.

previstas en el ordenamiento común a todos los contratos y obligaciones, y en caso de surgir desavenencias se aplicarán las normas afines; ante ello, nos preguntamos si son suficientes estas herramientas jurídicas o si se requiere de una regulación específica para que la franquicia se consolide.

3.1. Objetivos

3.1.1. Objetivo General

Establecer las razones y en que amplitud debe regularse el contrato de franquicias en el Perú.

3.1.2. Objetivos Específicos:

3.1.2.1. Analizar doctrinariamente al contrato de franquicia.

3.1.2.2. Analizar el marco regulatorio nacional y comparado del contrato de franquicia

3.1.2.3. Determinar las razones que sustentan la regulación de la franquicia en el Perú.

4. METODOLOGIA EMPLEADA

Ya que este proyecto de tesis se encuentra dentro del nivel de investigación no experimental, entre los métodos de contrastación de hipótesis están la observación sistemática y el método correlacional, en los cuales el investigador recoge y mide los fenómenos tal y como se producen naturalmente, sin manipular las causas de forma intencionada. En este tipo de métodos el investigador no controla ninguna de las posibles variables que pueden influir en los resultados, por lo tanto, los resultados observados pueden ser debido a la influencia de variables extrañas que no se han controlado.

La contrastación de hipótesis se dará mediante la entrevista así también con el análisis de las fuentes secundarias estadísticas.

La presente investigación según el alcance del objetivo general y los objetivos específicos es descriptivo correlacional. Es descriptivo por que se describirá los datos y características de las variables en estudio y correlacional porque nos permitirá medir el grado de relación que existe entre las variables dependiente e independiente, en esta investigación se verá cómo se relaciona la Regulación de la franquicia en el Perú y la seguridad jurídica del contrato de franquicia.

4.1. Población y Muestra

La muestra a tener cuenta será la legislación extranjera sobre el contrato de franquicias, además de la doctrina nacional y extranjera.

4.2. Identificación y clasificación de las variables

Las variables a considerar son las siguientes:

4.2.1. Variable independiente:

X: Regulación jurídica del contrato de franquicia

Cuyos indicadores serán:

X1 Normas regulatorias del contrato de franquicia en el Perú

X2 Contrato de franquicias en el Perú

X3 Normas regulatorias de la franquicia en el derecho comparado

4.2.2. Variable Dependiente:

Y: Seguridad jurídica del contrato de franquicia

Cuyos indicadores serán:

Y1 Normas regulatorias y promotoras del contrato de franquicia

Y2 Estabilidad jurídica

Y3 Registro de franquicias

	VARIABLES	INDICADORES	TÉCNICAS
VARIABLE INDEPENDIENTE	X: Regulación jurídica del contrato de franquicia en el Perú	Normas regulatorias del contrato de franquicia en el Perú.	Revisión documentaria Archivo digital

		Contrato de franquicia en el Perú	
		Normas regulatorias de la franquicia en el derecho comparado	
VARIABLE DEPENDIENTE	Y: Seguridad jurídica del contrato de franquicia	Normas regulatorias y promotoras del contrato de franquicia	Revisión documentaria Archivo digital
		Estabilidad jurídica	
		Registro de franquicias	

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO: EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. EL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE UNA ÓPTICA DOCTRINARIA

1.1. Aspectos Generales

La actividad mercantil en nuestros días no sólo se efectúa con la mira de obtener una mera ganancia proveniente de la diferencia entre el costo de adquisición o producción de bienes o servicios y el precio de venta al consumidor, sino además, con el propósito de actuar en forma eficiente para lograr resultados favorables. La antigua noción de lucro, piedra angular del comercio tradicional, ha sido reemplazada por la idea de eficiencia, en el tráfico mercantil moderno⁵.

En ese sentido, el empresario de comercio intenta ahora conseguir la eficiencia vinculándose con otro empresario que no solo posea una empresa sino que además sea titular de signos distintivos, que posea un know-how o saber hacer, y que cuente con una cadena de establecimientos en un determinado territorio donde haya logrado resultados positivos. Con ello, según Ricardo Sandoval “el franquiciado tiene los elementos para enfrentar eficientemente su actividad, se encuentra en el comercio por sí mismo, para sí mismo, pero no está solo”⁶.

1.2. Concepto

No es unívoca la conceptualización que los juristas otorgan al contrato de franquicia, de allí que en las siguientes líneas analizaremos algunos de los conceptos brindados por algunos juristas e instituciones a nivel internacional.

⁵ Cfr SANDOVAL, Ricardo. Derecho Comercial. 7ma Edición. Santiago – Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. 71p.

⁶ SANDOVAL, Ricardo. Derecho Comercial. 7ma Edición. Santiago – Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010. 72p.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la franquicia como una “*extensión que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de un servicio público*”⁷ Esta definición encaja perfectamente con el origen histórico de la figura que se remonta hasta la Edad Media, pero que se aparta de la concepción moderna de franquicia. Sin embargo, cabe indicar que en la tercera acepción del término se indica “*Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada*”⁸, que corresponde al concepto utilizado en la actualidad.

Para el diccionario Merriam-Webster⁹, una de las acepciones del término *franchise* se define: “(1) *the right or license granted to an individual or group to market a company's goods or services in a particular territory; also: a business granted such a right or license* (2): *the territory involved in such a right*”¹⁰.

Para el departamento de Comercio de los Estados Unidos de Norteamérica¹¹, la franquicia se define como “*A franchise is the agreement or license between two legally independent parties which gives: • a person or group of people (franchisee) the right to market a product or service using the trademark or trade name of another business (franchisor) • the franchisee the right to market a product or service using the operating methods of the franchisor • the franchisee*

⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

⁹ Merriam – Webster, Enciclopedia Britannica Company. [en línea], <<http://www.learnersdictionary.com/definition/franchise>>, [consulta: 02 Enero 2016]

¹⁰ (1) El derecho o la licencia concedida a un individuo o grupo para comercializar bienes o servicios de una empresa en un territorio determinado; También: una empresa concede tal derecho o licencia (2): el territorio implicado en tal derecho

¹¹ BESHÉL Bárbara. An Introduction to franchising. 2010. The IFA Educational Foundation. [en línea] <http://www.trade.gov/sabit/static/Introduction%20to%20Franchising-IFA-Eng_Latest_tg_sabit_005404.pdf> [consulta: 08 febrero 2016]

*the obligation to pay the franchisor fees for these rights • the franchisor the obligation to provide rights and support to franchisees*¹².

Erick Carvallo Yáñez y Enrique Lara Treviño, sostienen que “*el contrato de franquicia es aquél mediante el cual, el concedente llamado en este caso franquiciante, otorga al adquirente de la franquicia denominado franquiciatario, la licencia de uso de una marca, y/o aviso comercial y/o nombre comercial con el derecho de distribuir ciertos productos y a explotar una negociación mercantil, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de la marca, avisos y nombres comerciales a cambio de una contraprestación económica ligada a los resultados de la operación de la negociación*”¹³.

El primer concepto que en Europa se dio a la operación en estudio tiene su origen en una sentencia del Tribunal de Bressier, Francia, en 1973, noción que posteriormente fue adoptada por la Federación Francesa de Franchising. Se le definió como: “*un método de cooperación entre una compañía que ofrece una franquicia por una parte y otra o muchas compañías que actúan como franquiciadas, por la otra. Para el franquiciante esto involucra primeramente la propiedad de un nombre de comercio, de símbolos distintivos, de una marca de comercio o de servicio, así como cierto know-how que son confiados al franchisee*”¹⁴

El Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas (UNIDROIT) ¹⁵ señala que el contrato de franquicia es “*franchise*

¹² Una franquicia es el acuerdo o licencia entre dos partes jurídicamente independientes que se otorga: • A una persona o grupo de personas (franquiciado) el derecho de comercializar un producto o servicio a través de la marca o nombre comercial de otra empresa (franquiciador) • el franquiciado tiene el derecho para comercializar un producto o servicio a través de los métodos de operaciones del franquiciador • el franquiciado tiene la obligación de pagar las cuotas al franquiciador por estos derechos • El franquiciador tiene la obligación de proporcionar apoyo a los franquiciados

¹³ CARVALLO YÁÑEZ, Erick y LARA TREVIÑO, Enrique. Formulario Teórico-Práctico de contratos Mercantiles. 5ª Edición. México. Porrúa. 2007. 146 y 147p.

¹⁴ GUYENOT, Jean. Qu'est-ce le franchising. Dunod Entreprise. París. 1973. 16p.

¹⁵ Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas. [en línea] <<http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>>. [consulta 26 mayo 2016]

means the rights granted by a party (the franchisor) authorising and requiring another party (the franchisee), in exchange for direct or indirect financial compensation, to engage in the business of selling goods or services on its own behalf under a system designated by the franchisor which includes know-how and assistance, prescribes in substantial part the manner in which the franchised business is to be operated, includes significant and continuing operational control by the franchisor, and is substantially associated with a trademark, service mark, trade name or logotype designated by the franchisor. It includes:

- (A) the rights granted by a franchisor to a sub-franchisor under a master franchise agreement;*
- (B) the rights granted by a sub-franchisor to a sub-franchisee under a sub-franchise agreement;*
- (C) the rights granted by a franchisor to a party under a development agreement.*

For the purposes of this definition "direct or indirect financial compensation" shall not include the payment of a bona fide wholesale price for goods intended for resale"¹⁶.

Para el jurista chileno JORGE LÓPEZ la franquicia “es un contrato por el cual un fabricante o, más en general, un prestador de servicios que se llama franchisor –llamémosle también concedente– da a un comerciante independiente llamado franchisee –llamémosle también concesionario–, el derecho a explotar o a comercializar una marca

¹⁶ Franquicia consiste en los derechos concedidos por una parte (el franquiciador) autorizando y permitiendo a otra parte (el franquiciado), a cambio de una compensación económica directa o indirecta, a participar en el negocio de la venta de bienes o servicios en su propio nombre, conforme a un sistema designado por el franquiciador que incluye know-how y asistencia, se prescribe de forma sustancial la forma en que el negocio de franquicia va a operar, incluye de forma significativa y continua el control operacional por parte del franquiciador, y está asociado sustancialmente con una marca comercial, marca de servicio, nombre comercial o logotipo designado por el franquiciador. Incluye:

(A) los derechos concedidos por un franquiciador a un sub-franquiciador en virtud de un contrato de franquicia principal;

(B) los derechos concedidos por un sub-franquiciador a un sub-franquiciado en virtud de un contrato de sub-franquicia;

(C) los derechos concedidos por un franquiciador a una parte bajo un acuerdo de desarrollo. A los efectos de esta definición "compensación financiera directa o indirecta" no incluirá el pago de un precio al por mayor de buena fe de bienes destinados a la reventa.

sobre un determinado producto o sobre un servicio comprometiéndose, además, a asistirlo en la organización, en la formación, en las técnicas de comercialización, etc., mediante el pago de un precio”¹⁷

Para SIDNEY BRAVO la franquicia es “una operación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el Know How y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y procedimiento que pertenece, o que es controlado por el franquiciante, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio con sus propios recursos”¹⁸.

Vicent Chuliá, afirma que el contrato de franchising de origen norteamericano, es en cierto modo “un contrato de concesión comercial, ya que el distribuidor compra y revende. Nos dice que aparece normalizado por la autorización que el concedente o franchisor da al concesionario o franchisee para utilizar su marca, generalmente una marca internacional, lo integra en su red de comercialización junto a otros franchises y le presta asistencia técnica en la organización de su establecimiento y en la actividad de package, prestación del producto, promoción de ventas, publicidad, distribución”¹⁹.

Por otra parte, el Código Deontológico Europeo de Franquicia define a la franquicia como “un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente distintas e

¹⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Las nuevas figuras contractuales. Apuntes de Clases. Universidad Católica de Valparaíso. sin editar. 1978.

¹⁸ BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos Modernos Empresariales. 2da edición. Perú. Editorial San Marcos. 1998. 31p.

¹⁹ VICENT CHULIA, Francisco. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tomo II. Valencia. 1982. 314p.

independientes, el franquiciador y sus franquiciados individuales, en la cual el franquiciador otorga a sus franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con concepto del franquiciador. El derecho otorgado autoriza y obliga al franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta al utilizar el distintivo y/o marca de productos y/o servicios, el saber hacer y demás derechos de propiedad intelectual sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco por la duración del contrato de franquicia escrito pactado entre las partes, al efecto”²⁰.

OSVALDO J. MARZORATI se pronuncia diciendo: “*que el contrato de franquicia comercial es 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 comercial de su producción para vender o distribuir 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 este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales”²¹.*

La Ley de Propiedad Industrial Mexicana²² prescribe que “*existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e*

²⁰ Código Deontológico Europeo De Franquicia. Mundo Franquicia.com [en línea] <http://www.mundofranquicia.com/normativalegal/Codigo_Deontologico_Europeo_de_Franquicia.pdf> [consulta: 16 enero 2016]

²¹ MARZORATI, Oswaldo J. Citado en el libro de: LOPEZ GUZMAN, Fabián. El contrato de Franquicia Internacional. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2005.168 y 169p.

²² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ley de la Propiedad Industrial de México. [en línea] <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=264465> [consulta: 16 Enero 2016]

imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue. Quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se la pretenda conceder, por lo menos con treinta días previos a la celebración del contrato respectivo, la información relativa sobre el estado que guarda su empresa, en los términos que establezca el reglamento de esta Ley. La falta de veracidad en la información a que se refiere el párrafo anterior dará derecho al franquiciatario, además de exigir la nulidad del contrato, a demandar el pago de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado por el incumplimiento. Este derecho podrá ejercerlo el franquiciatario durante un año a partir de la celebración del contrato. Después de transcurrido este plazo solo tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato. Para la inscripción de la franquicia serán aplicables las disposiciones de este capítulo”.

JUAN MARÍA FARINA nos ofrece la siguiente noción conceptual sobre la franquicia: *“Básicamente el franchising es una suerte de simbiosis: por una parte, que es conocida como franchisor (franquiciante), otorga licencia a un comerciante independiente, llamado franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas. El termino franchisee puede significar dos cosas: a) el derecho del franchisee a vender ciertos productos o servicios, y b) el lugar de negocios donde el franchisee ejerce ese derecho”*²³.

Los Mexicanos Juan Manuel Gallastegui y Ferenz Feher²⁴ la definen en los siguientes términos: *“la franquicia es ante todo un formato de negocio dirigido a la comercialización de bienes y servicios, lo que distingue a este formato de otro es que en él una persona física o moral (el franquiciante) concede a otro (el franquiciado) el derecho a usar por*

²³ FARINA, Juan María, citado en el libro de LOPEZ GUZMAN, Fabián, El contrato de Franquicia Internacional. Colombia. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005. 169p.

²⁴ FERENZ FEHER Tocatli y GALLASTEGUI, Juan Manuel. Las franquicias, un efecto de la globalización, 100 preguntas, 100 respuestas. México. Mc Graw Hill. 3p.

un tiempo determinado nombre o una marca comercial y se obliga por una parte a transmitirle tanto los conocimientos técnicos necesarios para comercializar los bienes y servicios que él ofrece como los métodos comerciales para su buen funcionamiento y por la otra a verificar que los métodos administrativos sean los empleados por la franquicia”.

Para el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC)²⁵, franquicia es “*el acuerdo por medio del cual una de las partes -franquiciante- concede a la otra -franquiciado- el derecho de explotar un sistema de negocio probado, replicable y transmisible que involucra la licencia de uso de signos distintivos, y en algunos casos, derechos de autor, nuevas creaciones y/o secretos industriales en un territorio y período determinado, contra pagos directos o indirectos (cualquiera que sea su denominación), proporcionando el conocimiento y la asistencia que facilita su explotación”.*

1.3. Diferencias entre la franquicia y otras operaciones y contratos

En primer lugar es importante poner de manifiesto la dificultad ante la que se encuentran los juristas para la definición de la relación de franquicia al ser un contrato de naturaleza atípico. De los conceptos que hemos estado presentando se pueden observar, a primera vista, analogías con figuras tales como el contrato de mandato, de concesión, el de agencia, el de comisión (simple reventa), el de distribución, el de licencia de marca, y el tipo general de los contratos asociativos. Pero aunque existan estas coincidencias no se puede asumir de ningún modo la subsunción del contrato de franquicia dentro

²⁵ Norma Técnica Colombiana. Franquicias. Requisitos Generales para la etapa precontractual, contractual y post contractual de una franquicia. Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. 2011. [en línea] <<http://tienda.icontec.org/brief/NTC5813.pdf>> [consulta: 19 febrero 2016]

de los anteriores tipos, por lo que se puede afirmar que la franquicia es un contrato *sui generis*²⁶.

Las diferencias con el contrato de agencia estriban en que el agente realiza operaciones por cuenta y orden del comitente, en tanto que el franquiciado tiene un negocio propio, donde vende por su cuenta y riesgo.

Algunos autores en base a las ideas vertidas ven en el Contrato de Franquicia al contrato de distribución o al menos señalan que es una variable de aquel²⁷. Cabe precisar que el contrato de distribución se define como aquel contrato que “se celebra entre, por un lado, fabricantes, mayoristas o importadores, y, por otro lado, distribuidores, por el cual los primeros encargan a los distribuidores la comercialización de determinados productos o servicios, en una zona determinada, generalmente, en régimen de exclusividad, en condiciones que varían de un contrato a otro”²⁸.

La diferencia con el contrato de distribución radica en que el distribuidor tiene el derecho exclusivo de reventa, pero normalmente no tiene la prestación de garantía y de otras ventajas tales como la asistencia técnica, que el franquiciado adquiere mediante la operación de franquicia comercial.

Ahora bien, en la franquicia no hay, estrictamente, un contrato de distribución²⁹. El franquiciado no compra para revender sino que

²⁶ Se aplica a todo aquel caso que, debido a su singularidad, requiere de una interpretación especial y única por parte de la autoridad.

²⁷ Nótese que señalamos que es un contrato de distribución aun cuando discrepemos de esta primera conclusión, que como ya se verá luego es un contrato distinto y que responde a otra naturaleza jurídica.

²⁸ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. y otros. Contratos de Distribución. [en línea], 01p. <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ContratosDistribGeneral.htm>> [consulta: 12 febrero 2016]

²⁹ Para los profesores Nuri Rodríguez, Carlos López y Virginia Bado la franquicia puede contener elementos del contrato de suministro o de distribución y viceversa, en muchos

adquiere el derecho al uso de una marca y de métodos de producción y comercialización. Generalmente, el franquiciante celebra contratos similares con otros comerciantes, formando una red de contratos, asignando zonas y exclusividades³⁰.

Ahora bien, también debemos considerar cuales son las diferencias entre la franquicia y la concesión mercantil. Así, la diferencia sustancial con la concesión, es que en este contrato se establece, entre otras posibles obligaciones, la promesa de compraventa de determinados productos fabricados o importados por el principal, para su posterior reventa por parte del distribuidor o concesionario en las condiciones pactadas en el contrato. Es decir que el principal promete vender y el distribuidor o concesionario promete comprar para revender en determinadas condiciones, mientras que, la obligación típica que se asume en la Franquicia es el licenciamiento de una marca, cuyo uso será explotado por el franquiciado siguiendo pautas e instrucciones concretas³¹.

1.4. Características

Para LOPEZ GUZMAN³² el contrato de Franquicia posee las siguientes características:

- Es bilateral: en sus relaciones existen dos sujetos que son el franquiciante y el franquiciado.
- Es solemne: ya que por tratarse de un contrato de transferencia de tecnología está sujeto al cumplimiento de ciertas formalidades específicas.

contratos de suministro o de distribución se incorpora la figura de la franquicia. Es decir que las figuras se ligan en múltiples formas.

³⁰ RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. y otros. Contratos de Distribución. [en línea]. <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ContratosDistribGeneral.htm>>. [consulta: 12 febrero 2016]

³¹ PÉREZ, Gabriel. Contrato de Franquicia. Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. 2016. [en línea]. <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseFranqGP.htm>> [consulta: 12 febrero 2016]

³² LOPEZ GUZMAN, Fabián. El contrato de franquicia internacional. Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005.

- Es oneroso: pues cada una de las partes tiene enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. Como sucede con otros contratos, esta onerosidad no significa necesariamente que exista equivalencia económica en las prestaciones y cabe siempre que haya un desequilibrio real. En la franquicia ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. El franquiciante persigue ampliar la comercialización y distribución de sus bienes y servicios, o desea penetrar a otros mercados, mientras que el franquiciado invierte en un negocio rentable y con un éxito garantizado.
- Es principal: No requiere de otro acto jurídico para su conformación y subsistencia, sin embargo, se caracteriza por combinar un conjunto de contratos, como, por ejemplo, la licencia de marca, la asistencia técnica, el secreto empresarial, entre otros. Es decir, no depende de otro contrato que le sea precedente y tiene lo que se llama “vida propia”. Puede suceder en cambio que vaya acompañado por contratos accesorios, como serían garantías personales o reales.
- Es atípico: pues en el Perú no está regido por una normativa legal. Mas en términos generales, este contrato se sujeta a las disposiciones generales establecidas en el Código Civil u otra regulación anexa a estas.
- Es de duración y ejecución continuada: por cuanto funciona sin interrupción y está destinado a surtir efectos durante un tiempo más o menos prolongado. No es de ejecución instantánea, las obligaciones se van cumpliendo de forma regular; el franquiciado se obliga a pagar periódicamente unas regalías, según lo convenido con el franquiciante, y éste a su vez, está en la obligación de prestarle al franquiciado asistencia técnica continua.
- De colaboración empresarial: Esta característica es una de las principales, puesto que, entre las partes debe haber una mutua cooperación, pues, como es sabido, ello redundará en beneficio de la red. Entre las partes existe una mutua colaboración, que se

traduce en una especie de sinergia sobre la actividad comercial de distribución.

Agrega además BRAVO MELGAR³³ las características siguientes:

- Es de prestaciones recíprocas: Cada uno de los sujetos está obligado con relación al otro. Nacen obligaciones recíprocas para las partes; el franquiciante se obliga a transmitirle un know how, a prestarle una asistencia técnica, a permitirle el uso de una marca, entre otros, y el franquiciado se obliga a pagar las regalías, a cumplir en forma rigurosa con el manual de instrucciones dado por el franquiciante y a no revelar el secreto empresarial transmitido.
- Es constitutivo: Crea una situación jurídica determinada y no tiene los caracteres singulares de los contratos modificativos, regulatorios y resolutivos.
- Es un contrato complejo: Presenta elementos que son propios de la concesión, el Know How, entre otros contratos.
- Es un negocio jurídico especial: Con tendencia a ser ubicado dentro de la contratación mercantil.
- Es conmutativo: Cada uno de los sujetos intervinientes es consciente al momento de crearse la relación obligacional que se parte de hechos ciertos y concretos, estimando anticipadamente los costos y beneficios que correlativamente puedan producirse.
- Es consensual: Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1352° del Código Civil. Pero en la práctica se celebra por escrito, dada su trascendencia económica y los diferentes derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de su formalización y se cumple con frecuencia la forma de celebración por adhesión, esto es en base a cláusulas predispuestas (contratos – tipo). Queda perfeccionado y genera los efectos jurídicos correspondientes desde el momento en que las partes manifiestan su consentimiento.

³³ BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos Modernos Empresariales. 2da Edición. Perú. Editorial San Marcos. 1998. 43-45p.

- Es “*intuitio personae*”: En efecto, el factor confianza es fundamental en este contrato. Generalmente los franquiciantes ponen mucho cuidado en escoger a los franquiciados, ya que esperan de ellos lealtad, trabajo, espíritu de empresa y, en suma, capacidad e idoneidad. Uno de los factores más trascendentes para lograr éxito en esta especie de distribución es la capacidad de gerenciar del franquiciado, quien en realidad maneja su propio negocio y ésta es una de las características que distinguen al franchising del contrato de distribución. Al manejar su propio negocio, es obvio que el franquiciado debe ser apto para ello, teniendo las calidades necesarias para operar una empresa pequeña o mediana, por sí solo y a la distancia del franquiciante.
- Es un contrato sinalagmático: Puesto que existen generalmente contraprestaciones bilaterales (recíprocas).
- Es un contrato moderno: Puesto que su aplicación en *strictu sensu* recién hoy en día se está patentizando diáfananamente en nuestro país.
- Comporta en cierta forma una operación de cambio: dado que su objetivo es propiciar la transferencia de bienes y servicios y en suma, la circulación de la riqueza y la multiplicación del trabajo, pero también es un contraste de cooperación, en la medida que plantea una estrecha colaboración entre el franquiciante y el franquiciado
- Tiene carácter netamente mercantil: Al existir ánimo de reventa de los productos o servicios objeto de franquicia.
- Una gran mayoría de estos contratos son “de adhesión”: En la medida en que el franquiciante envía a los franquiciados un contrato tipo, quienes deben aceptar en bloque si quiere obtener la franquicia.

Para Max Arias Schreiber Pezet los principales caracteres jurídicos del contrato de franquicia son los siguientes³⁴:

- Es un contrato complejo, pues según se dijo presenta elementos que son propios de la concesión, el know how, etc.
- Es bilateral, ya que en sus relaciones existen los sujetos que hemos mencionado con anterioridad, esto es, el franquiciante y el franquiciador.
- Es un contrato atípico, pues en el Perú no está regido por una normativa legal. Empero y en términos generales debemos manifestar que este contrato se sujeta a las disposiciones generales establecidas en el Código Civil y en particular al principio de la libertad de configuración interna contractual contemplada por el artículo 1354° de dicho código.
- Es un negocio jurídico especial con tendencia a ser ubicado dentro de la contratación mercantil.
- Es un contrato principal, pues no depende de otro contrato que le sea precedente y tiene lo que se llama "vida propia". Puede suceder en cambio que vaya acompañado por contratos accesorios, como serían garantías personales o reales.
- Es constitutivo, pues crea una situación jurídica determinada y no tiene los caracteres singulares de los contratos modificativos, regulatorios y resolutivos.
- Es de prestaciones recíprocas, ya que cada uno de los sujetos está obligado con relación al otro. En otra parte de esta obra destacamos cuáles son los derechos y obligaciones de los sujetos, lo que aclara esta característica.
- Es oneroso, pues cada una de las partes sufre un sacrificio, compensado por una ventaja y genera, de consiguiente, enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. Ciertamente y como sucede con otros contratos, esta onerosidad no significa

³⁴ ARIAS, Max. Contratos Modernos. Primera edición. Perú. 1999. Gaceta Jurídica Editores S.R.L. 216 y 217p.

necesariamente que exista equivalencia económica en las prestaciones y cabe siempre que haya un desequilibrio real.

- Es conmutativo, ya que cada uno de los sujetos intervinientes es consciente al momento de crearse la relación obligacional que se parte de hechos ciertos y concretos, estimando anticipadamente el sacrificio y la ventaja que correlativamente puedan producirse.
- Es de duración y ejecución continuada, ya que funciona sin interrupción y está destinado a surtir efectos durante un tiempo más o menos prolongado.
- Comporta en cierta forma una operación de cambio, dado que su objetivo es propiciar la transferencia de bienes y servicios y en suma, la circulación de la riqueza y la multiplicación del trabajo, pero también es un contraste de cooperación, en la medida que plantea una estrecha colaboración entre el franquiciante y el franquiciado.
- Es consensual, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1352 del Código Civil. Empero, en la práctica se celebra por escrito, dada su trascendencia económica y los diferentes derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de su formalización y se cumple en frecuencia la forma de celebración por adhesión, esto es en base a cláusulas predispuestas (contratos - tipo).
- Es "intuitu personae". En efecto, el factor confianza es fundamental en este contrato. Generalmente los franquiciantes ponen mucho cuidado en escoger a los franquiciados, ya que esperan de ellos lealtad, trabajo, espíritu de empresa y, en suma, capacidad e idoneidad. Uno de los factores más trascendentes para lograr éxito en esta especie de distribución es la capacidad gerencial del franquiciado, quien en realidad maneja su propio negocio y ésta es una de las características que distinguen al franchising del contrato de distribución. Al manejar su propio negocio, es obvio que el franquiciado debe ser apto para ello, teniendo las calidades necesarias para operar una empresa pequeña o mediana, por sí solo ya la distancia del franquiciante. Además, muchas veces en

zonas alejadas y de difícil acceso. Como dicen los anglosajones, el franquiciado debe tener condiciones para llevar sus operaciones "day by day" (día a día).

1.5. Clasificación

Atendiendo al objeto del contrato de franquicia internacional, podemos distinguir tres tipos de franquicia: industrial, de distribución y de servicios³⁵:

- Franquicia industrial o de producción: el franquiciado fabrica por sí mismo productos que vende bajo la marca del franquiciador, y según las indicaciones de éste, esto es, el franquiciador cede al franquiciado licencia para fabricar un producto basado en una patente de la que es titular el primero, facilitándole, además, el know-how para dicha fabricación y la asistencia técnica necesaria, pero con el ánimo de distribuir posteriormente el producto fabricado, por ejemplo: una empresa de juguetería española permite a otra china que se encargue de la fabricación de un determinado juguete, facilitándole los materiales y moldes necesarios para tal fin.
- Franquicia de distribución: el franquiciado se limita a vender ciertos productos en una tienda o punto de venta, que llevan el nombre del franquiciador, es decir, el franquiciador concede al franquiciado una exclusiva de distribución de sus productos en establecimientos equipados de forma uniforme y homogénea con los del franquiciador, junto con el derecho a usar la marca, denominación y rótulo común, facilitándole, además, el know-how y asistencia comercial o técnica para llevar a cabo dicha distribución, y con la obligación del franquiciado de seguir las instrucciones directrices y

³⁵ MARZORATI, Osvaldo J. Citado en el libro de: LOPEZ GUZMAN, Fabián. El contrato de franquicia internacional. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2005. 168, 169p.

controles del franquiciador, por ejemplo: Prenatal, Mango, etc.; por tanto, el sistema se orienta a la comercialización de productos.

- Franquicia de servicios: el franquiciado presta un servicio bajo el signo, nombre comercial o marca del franquiciador, siguiendo las instrucciones de éste, esto es, como la franquicia de distribución, si bien en vez de tener por objeto la comercialización de productos, realiza la prestación de servicios a los usuarios finales. Sirva como ejemplo de este tipo de franquicia los Burger King, Avis, etc., donde el franquiciado ofrece un servicio con signo distintivo y nombre comercial, manifestando la marca del franquiciador y conformándose a sus instrucciones.

El franquiciado realiza únicamente los servicios que el franquiciante le permite, por ejemplo: Servicios jurídicos o Servicios de traducción; por tanto, el sistema se orienta a hacer posible la prestación de servicios por el franquiciado.

Por su parte Morejón Grillo Alfredo³⁶, añade a la clasificación antes mencionada a la Franquicia de Conversión, señalando que se trata de aquellos acuerdos en los que un negocio ya establecido accede a una cadena de franquicia, adoptando las características de la misma relativas a imagen, el nombre comercial, publicación conjunta, etc. Consiste en la asociación de un grupo de empresas, agencias, almacenes ya existentes bajo un formato único. El objetivo principal consiste en unir sus esfuerzos de mercadeo, mostrando una fachada única, promoviendo las ventas por medio de programas masivos de publicidad y sistematizando la calidad del servicio ofrecido al consumidor. Los primeros asociados, a su vez pueden recibir futuros franquiciados o ceder estos derechos a dueños de negocios similares existentes, dispuestos a cambiar su nombre y sus métodos por los de la franquicia.

³⁶ MOREJON GRILLO, Ailed. El Contrato de Franquicia. Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez". [en línea]. <http://www.adizesca.com/site/assets/en-el_contrato_de_franquicia-am.pdf> [consulta 19 febrero 2016]

Asimismo, podemos tener en cuenta tres clases de franquicias adicionales que son consideradas por la Cámara de Santa Cruz de Tenerife³⁷:

- Franquicia Integrada: Tiene lugar cuando el franquiciador, siendo a la vez fabricante, cede a los franquiciados detallistas la exclusividad de la distribución, con lo que ningún otro minorista puede vender el producto fabricado.
- Franquicia de Asociación: Existe una implicación de una sociedad en otra. El franquiciado mantiene alguna inversión en la empresa del franquiciador o éste en la del franquiciado. No es muy habitual que se de este tipo de franquicia.
- Franquicia Horizontal: Es creada por varios detallistas, los cuales, una vez verificado el éxito de su sistema de distribución, se asocian, crean una marca y extienden la red mediante nuevas franquicias.

Sin que ello suponga alterar la tipología estudiada nos dice: ALFONSO ORTEGA GIMENEZ³⁸ suelen mencionarse otras modalidades de franquicia, en función del lugar en que se desarrolla la franquicia y no por su contenido; en este sentido se habla de:

- Franquicia corner, cuando el franquiciado ofrece en sus establecimientos un servicio a sus clientes cuya técnica está basada en una franquicia, pero que puede ser aplicada a una serie de productos ajenos a dicha franquicia. Sirva como ejemplo, la franquicia de revelado rápido que el franquiciado (comercio de fotografía) ofrece a su clientela independientemente de la marca del carrete y de otras actividades de venta (máquinas fotográficas, marcos, etc.) que realice en el mismo local. El pago del canon se

³⁷ Cámara Santa Cruz de Tenerife. Tipos de Franquicia. [en línea] <<http://www.creacionempresas.com/franquicia/aspectos-generales/tipos-de-franquicias>> [consulta: 19 febrero 2016]

³⁸ ORTEGA GIMENEZ, Alfonso. El contrato de franquicia internacional. vLex International - Núm. 4. Enero 2009. 7-9p.

establece en función del espacio ocupado (corner) y por el servicio prestado, no por el total de ventas.

KAHN CABE habla también del master franquicia o franquicia principal, cuando el franquiciado tiene el derecho a conceder a terceros (subfranquiciados) la licencia para explotar la franquicia en un área geográfica determinada, es decir, el franquiciador puede subcontratar la franquicia a otros. Se utiliza frecuentemente en el ámbito internacional donde la matriz (franquiciadora) cede una franquicia a su filial en un país (franquiciado principal), con la posibilidad de que subcontrate franquiciados locales en distintas ciudades, descargando así en la filial la tarea de selección y búsqueda de franquiciados locales; la desventaja de este tipo es el menor control del desarrollo de la red por el franquiciador al delegar en su master franquiciado³⁹. Aquí se pone en relación tres partes: el franquiciante, el master franquiciado y el junior franquiciado.

Para los Montoya⁴⁰, la franquicia se clasifica en:

- Franquicia de distribución directa del producto: En esta modalidad el franquiciante suministra directamente al franquiciado sus productos, siendo este sistema el que mayor adeptos tiene. En doctrina se hace una distinción entre la llamada franquicia distributiva de productos y la franquicia distributiva o agregatoria de servicios. La llamada franquicia agregatoria es considerada como el franchising puro, porque supone una estrecha colaboración entre las partes para poder desarrollar la prestación de servicios con la misma modalidad y procedimientos del franquiciante.
- Franquicia de producción: En esta modalidad el franquiciante es el productor y propietario del know-how y de la marca, estando el franquiciado obligado a producir bajo los mismos patrones

³⁹ KAHN, Michel. Franchising y Parteneriado. 3ra edición. Astrea. Buenos Aires. 1998. 66p.

⁴⁰ MONTTOYA ALBERTI, Ulises y MONTTOYA ALBERTI, Hernando. Derecho Comercial. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2006, 326p.

utilizando la marca del franquiciante. Se autoriza a la producción de los productos del franquiciador; existiendo un control en la forma de fabricación que debe estar de acuerdo con la calidad del producto que se licencia.

- Franquicia de servicios: El franquiciante transmite los métodos técnicos o procedimientos por él utilizados para la gestión del negocio, así como el uso de la marca que simboliza la fórmula novedosa y original, diferenciada en la prestación del servicio.
- Franquising de nombre comercial: Sólo se cede el uso del nombre comercial con el cual se identifica la cadena de establecimientos.

1.6. Formación del Contrato⁴¹

En la etapa precontractual no solo se analizan los por menores jurídicos del contrato, sino que, además, se estudian los aspectos concernientes al perfil del franquiciado, su capacidad económica, su experiencia empresarial, su grado de compromiso con el franquiciante, su conocimiento del sector donde va operar, etc. En otras palabras la negociación preliminar del contrato de franquicia no se reduce a los tratos previos y a la consiguiente oferta y aceptación, o al examen jurídico de las cláusulas del contrato, sino que comprende también aspectos económicos, financieros y hasta culturales.

El franquiciante tiene que analizar quien es el aspirante a franquiciado, cuál es su experiencia comercial, su capacidad de liderazgo. Igualmente debe analizar con sumo cuidado el entorno económico y político del país en el que se va conceder una o varias franquicias, la cultura, la tradición y la competencia existente o potencial.

En la fase de los tratos preliminares se contempla los aspectos relativos al pago del precio del derecho de entrada en la red, la

⁴¹ LOPEZ GUZMAN, Fabián. El contrato de franquicia internacional. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia. 2005. 287p.

transmisión del know how, la formación del personal, la zona donde va a funcionar la franquicia, el pago de las regalías y los factores para determinarla, los métodos de solución de controversias, etc.

1.7. Elementos

La Revista “Opciones Legales”⁴², estructura los elementos en:

1.7.1. Elementos personales o de las partes:

La franquicia cuenta con dos elementos subjetivos; corresponde al franquiciante y a un franquiciatario, a los que en otro tipo de contratos similares también se les conoce como otorgante, licenciante o concedente y licenciataria o concesionario respectivamente.

Por ello, son elementos personales:

- El franquiciante. Es el titular de la marca y responsable de la asistencia técnica otorgada a su contraparte.
- El franquiciado. Es quien producirá o dará los servicios bajo la marca objeto del contrato, siguiendo las instrucciones giradas para tal efecto por el franquiciante.

Franquiciador o franquiciante y franquiciado son personas independientes con derechos y obligaciones propias. El franquiciado no es por tanto un empleado, delegado o agente del franquiciador, es un empresario, dueño de su negocio, pero sujeto a una serie de pautas operativas impuestas por el franquiciador y que constituyen la base del negocio y la causa de su éxito⁴³.

⁴² Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales. Contrato de franquicia. Fiscales - Núm. 24, Noviembre 2010. VLEX México información jurídica inteligente. Pág. 10 -12. [en línea]. <<http://vlex.com/vid/232631921>> [consulta: 19 febrero 2016]

⁴³ BARBADILLO DE MARÍA, Santiago. Invertir en franquicias. Gestión. España. 2009. Pág. 20.

1.7.2. Elementos formales:

En países donde la figura jurídica del contrato de franquicia se encuentra regulada debe constar y se otorgará por escrito. En el Perú por ser un contrato atípico, predomina la libertad de forma, aunque se recomienda la forma escrita dada la transcendencia económica y jurídica de las obligaciones⁴⁴.

1.7.3. Elementos reales

Los elementos reales pueden variar, toda vez que existen una serie de franquicias de: productos, marcas, para crear y explotar negocios, entre otras, por lo que los elementos reales dependerán del tipo de franquicia que se trate.

Los elementos reales pueden corresponder a la marca, patentes, nombre comercial, aviso comercial, tecnología, asistencia técnica, etcétera. Elementos que forman parte de la empresa franquiciante. Para ello deben considerarse los siguientes conceptos:

1.7.3.1. Marcas.

Se entiende por marca todo signo visible y distintivo que recae sobre los productos o mercancías de su misma especie o clase en el mercado, elaborados por empresas comerciales e industriales o sobre servicios que prestan estas negociaciones frente a otras de su misma especie. Así, los nombres comerciales o denominaciones sociales pueden constituir una marca.

Después de lo dicho, debemos precisar que en la franquicia se busca repetir un “éxito comercial”, una fórmula que ya ha sido probada y ha dado buenos resultados. Por ende, la

⁴⁴ Cabe desatacar que en el desarrollo de la tesis se ha previsto un apartado sobre la regulación del contrato de franquicia tanto en el Perú como en la legislación comparada.

franquicia se estructura sobre la base de una marca conocida en el mercado.

El franquiciante es titular de una marca sobre un producto o un servicio y habilita al franquiciado a utilizar este signo distintivo, siguiendo una serie de instrucciones acerca de cómo debe usarlo y cómo llevar a cabo las actividades de la franquicia.

Si bien mediante el sistema de franquicia el franquiciante logra una mayor expansión de su signo distintivo, una mayor penetración en el público consumidor, posee el franquiciante un particular interés en que la marca se utilice correctamente para no dañar su imagen⁴⁵.

1.7.3.2. Aviso comercial.

Se considera aviso comercial, las frases u oraciones que tengan por objeto anunciar al público establecimientos o negociaciones comerciales, industriales o de servicios, para distinguirlos de los de su especie.

1.7.3.3. Patentes.

Son el derecho que concede el Estado a un particular para explotar en forma exclusiva un inventario realizado por él. Las patentes pueden ser explotadas por el inventor, por su causahabiente o por otros, con su consentimiento de acuerdo a las disposiciones contenidas en la Ley.

1.7.3.4. Tecnología.

Implica el conocimiento técnico y la experiencia sobre la rama del negocio sobre el cual se desarrolle la franquicia, el know how (saber cómo hacerlo) del mismo; asistencia, el asesorar

⁴⁵ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto. Contratos Modernos de Distribución Comercial. 1ª ed. Buenos Aires. Argentina. Lexis Nexis. 2007. 218-219p.

en forma prolongada durante el tiempo de duración de la franquicia, mediante supervisión, instrucciones, directrices, capacitación, adiestramiento y cualquier auxilio en conocimientos que proporcione el franquiciante al franquiciado.

1.7.3.5. Contraprestación o regalías.

Otro elemento real corresponde a la contraprestación económica que se pacta como precio por la franquicia que consiste en el pago inicial por la franquicia en sí misma y los pagos periódicos que pueden consistir en regalías pactadas regularmente en un porcentaje de las ventas, contribución a la publicidad y mercadotecnia, pagos de los servicios de asesoría técnica y consultoría en general⁴⁶.

El franquiciante tiene derecho a regalías y otros pagos como contraprestación por la franquicia otorgada en virtud del contrato, así como, por el uso de las marcas del sistema y la transmisión de conocimientos y asistencia técnica al franquiciado.

Por su parte, ALFONSO ORTEGA GIMENEZ⁴⁷, nos sistematiza los elementos y los presenta de la siguiente forma:

1.7.3.6. Licencia de Marca:

Hace a la esencia del contrato de franquicia internacional, que el franquiciante sea titular de una marca sobre un producto o servicio, ya que la clientela es atraída por el renombre y prestigio de la misma, y por supuesto que el franquiciado además de utilizar su marca, utilice también sus signos y símbolos distintivos, juntamente con una serie de normas con

⁴⁶ Empero, nada obsta a que las partes establezcan otro tipo de contraprestación

⁴⁷ ORTEGA GIMENEZ, Alfonso. El contrato de franquicia internacional. vLex International - Núm. 4. Enero 2009. 2 -3p.

relación a la forma de actuar del franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar.

1.7.3.7. Transferencia de un know how:

El franquiciante tiene la obligación de poner en práctica al franquiciado con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio y por supuesto, este, debe seguir las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo. Esto puede incluir desde la decoración del local, cuanto el listado de proveedores y entidades financieras.

1.7.3.8. Regalías o Canon:

Se debe establecer alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciante, ya que estamos frente a un contrato oneroso, en contraprestación a los servicios, asistencia, marca, etc. Durante la vigencia del contrato.

1.7.3.9. Territorio:

Se trata de la delimitación de un ámbito territorial a favor del franquiciado en donde desarrollará el contrato, el mismo puede ser elemento esencial para el éxito de la operación comercial.

1.7.3.10. Asistencia del franquiciante al franquiciado:

La misma puede estar condensada en un manual operativo, dependiendo el grado de los términos del acuerdo pudiendo crearse un centro de asistencia y servicio mínimo para los franquiciados que componen la cadena, donde se brinda información de mercado, técnica o simplemente de compras.

1.7.3.11. La no competencia y/o las posibilidades de subfranquiciar:

Impidiendo por un lado de forma expresa la posibilidad de que el franquiciante realice negocios competitivos y por otro lado prohibiendo o no la posibilidad de subcontratar.

1.7.3.12. Confidencialidad:

Consiste en la obligación de secreto, ya que, el franquiciado tiene acceso a información confidencial del franquiciante, prolongándose aún por un plazo prudencial posterior a la conclusión del contrato.

1.7.3.13. Plazo de duración del contrato:

Por lo general las partes tienden a establecer un plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el franquiciante. En nuestro derecho y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo. Lo aconsejable en definitiva, es un término de entre dos a cinco años con opción a renovarlo por iguales plazos inclusive en forma automática.

Cabe destacar que algunos autores como Heriberto Simón⁴⁸ añade que existen elementos no esenciales entre los cuales considera a:

- Asistencia financiera
- Control de insumos
- Publicidad
- Cláusulas de no competencia
- Suministro de bienes o servicios

⁴⁸ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto., op. cit., 221p.

1.8. Derechos y Obligaciones de las partes

1.8.1. Derechos del franquiciante:

Entre los derechos del franquiciante tenemos⁴⁹:

- Exigir el pago de la remuneración convenida, así como de los derechos de regalía, en caso de haber sido pactados.
- Vigilar que no se perjudique la imagen del producto o del servicio que le proporciona el franquiciador.
- Hacer que se respeten sus derechos de propiedad industrial representada por las marcas y nombres que se ponen a disposición del franquiciado.
- Exigir que el franquiciado se sujete a las disposiciones contempladas en los manuales de operación⁵⁰.
- Tener acceso a la documentación del franquiciado, para supervigilar su adecuada operatividad.

Agrega además: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo⁵¹:

- Exigir que el franquiciado cumpla con las disposiciones sobre producción, políticas de ventas, precios y manual operativo.
- Indicación de directrices financieras, comerciales y recursos humanos del franquiciado.
- Determinar un territorio exclusivo para la franquicia.

1.8.2. Obligaciones del franquiciante:

Entre las obligaciones del franquiciante tenemos⁵²:

⁴⁹ BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos Modernos Empresariales. 2da edición. Perú. Editorial San Marcos. 1998, 53p.

⁵⁰ MARZORATI, Oswaldo. Derecho de los negocios internacionales. 3ra edición. Buenos Aires. Astre. tomo ii. 2003. 91p.

⁵¹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Tratado de Derecho Mercantil. 1ra edición. Lima. Gaceta Jurídica. Tomo III, 2005.

⁵² BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos modernos Empresariales. 2da edición. Perú. Editorial San Marcos. 1998. 53 y 54 p.

- Proporcionarle al franquiciado los productos, marcas, nombres y, en general el Know How que le permita iniciar y proseguir sus operaciones en forma adecuada.
- Autoriza el uso, reproducción y representación de la marca, así mismo, asegura al franquiciante la protección de la marca, así como su pleno usufructo.⁵³
- Asegurar que las marcas y nombres cuyo empleo le permite actuar al franquiciado son suyos y no de terceros y responder por los daños que puedan surgir como consecuencia de una infracción al derecho de esos terceros sobre marcas, nombres, etc.
- Cuando así sea pactado, darle al franquiciado el conocimiento, entrenamiento y mantenimiento actualizado para su adecuada operatividad.
- No interferir en el manejo de la empresa del franquiciado, pues éste tiene su administración propia.
- Mantener una política de precios de los productos y servicios que aseguren la adecuada operatividad del franquiciado.
- Cuidar que el franquiciado reciba los productos que serán colocados por el franquiciador y facilitarle la formación de un “stock en caso de haber sido convencido.
- Respetar el derecho de la exclusividad que le ha asegurado al franquiciado.
- Realizar las inversiones que sean necesarias para mantener la tecnología debidamente actualizada y en condiciones de competitividad en la plaza o mercado donde actúa el franquiciado.

Agrega además ALBERTO RODRÍGUEZ CANO⁵⁴, que el franquiciante tiene no solo el derecho sino también el deber de control de la actividad de explotación del negocio licenciado por el

⁵³ KAHN, Michel. Franchising y Partenariado. 3ra edición. Buenos Aires. Astrea. 1998. 60p.

⁵⁴ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. Contratos mercantiles. 3ra edición. Pamplona, España. Thomson Aranzadi. Volumen I. 2007. 599p.

franquiciado, encontrando su fundamento y limite en la tutela de la imagen y reputación de la red en interés contractual de los franquiciados y extracontractual del mercado.

1.8.3. Derechos del franquiciado:

Entre los derechos del franquiciado tenemos⁵⁵:

- Que el franquiciante le proporcione regularmente los productos que va a comercializar y que estos sean de la calidad y demás condiciones establecidas en el contrato.
- Exigir que el franquiciante le dé la preparación inicial convenida, así como el entrenamiento a que se ha comprometido.
- Derechos de uso de la marca y venta de productos de servicio.
- Asesoría en el diseño del local
- Asistencia técnica
- Asesoría legal
- Recepción de los manuales operativos
- Programas de software
- Estudio de rentabilidad y periodo de recuperación de la inversión.
- Asegurarse que el franquiciante no opere en la misma plaza o mercado sea directamente, sea a través de una agencia o filial. Desde luego, esta obligación no existirá cuando en el contrato no se le ha conferido al franquiciado el derecho de la exclusiva.

1.8.4. Obligaciones del franquiciado:

Entre las obligaciones del franquiciado tenemos⁵⁶:

- Atender los requerimientos de franquiciador en cuanto al perfil y calidades del personal.

⁵⁵ BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Op. cit., 54p.

⁵⁶ Ídem

- Mantener el secreto industrial y la confidencialidad de la información suministrada por el franquiciador.
- Atender a los criterios de imagen corporativa y el uso de la marca, logos y colores.
- Actuar conforme a los criterios y normas establecidas por el franquiciador en los manuales y en el contrato de la franquicia.
- Efectuar puntualmente los pagos de la cuota de publicidad al franquiciador.
- Cumplir con todas las normas y reglamentos vigentes o aplicables en el territorio asignado.
- Permitir el acceso libre e ilimitado del personal designado por el franquiciador a las instalaciones del restaurante.
- Sólo podrá vender los productos y servicios que le proporcione el franquiciador

Por su parte, Bravo Melgar, Sindney, establece entre las obligaciones del franquiciado las siguientes⁵⁷:

- Efectuar el pago inicial por obtener la franquicia y las regalías que hayan sido establecidas en favor del franquiciante.
- Correr con el riesgo de la empresa y con todos sus costos de personal, entre otros.
- No hacer uso indebido de las marcas y nombres a las que tiene acceso en virtud del contrato.
- Reproducir la marca y la insignia de conformidad con el manual de normas gráficas y colocar su insignia en su local. Se prohíbe toda supresión, modificación o agregado a la marca⁵⁸.

Agrega, Juan, FARINA⁵⁹:

- El franquiciado corre a su excesivo costo y riesgo la instalación y puesta en marcha del establecimiento.

⁵⁷ BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Op cit., 55p.

⁵⁸ KAHN, Michel. Op cit., 61p.

⁵⁹ FARÍÑA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresarial. 3RA Edición. Bueno Aires. Astrea editores. Tomo I. 2005.

- El franquiciado debe aceptar el sistema contable impuesto por el franquiciante y complementar los informes periódicos en materia económica y financiera, que éste le exige.

Del mismo modo, Alberto, RODRÍGUEZ CANO⁶⁰, sostiene que el franquiciado ha de comunicar al franquiciador por fracciones de tiempo (mes, trimestre, año), o en su caso con la máxima celeridad posible, determinadas circunstancias y avatares, de los que tenga conocimiento como consecuencia de la diligente explotación del negocio.

1.9. Ventajas y Desventajas de las franquicias

1.9.1. Ventajas de las Franquicias

La franquicia se constituye en una alternativa interesante para quienes desean lograr la presencia de su negocio en nuevos mercados maximizando sus potencialidades de éxito y manteniendo cierto control sobre la forma en la que se desarrolla la actividad económica en estos mercados distintos.

Aun cuando pudiese señalarse que la franquicia solo beneficia a los titulares de las marcas y del negocio en particular, somos de la opinión que la franquicia beneficia también al tomador, llamado franquiciado, ya que como señala GILBERTO VILLEGAS: *“Este contrato se reveló como el medio más idóneo para permitir a un pequeño empresario incursionar en negocios ya probados en su realización práctica en sus elementos constitutivos, evitando de ese modo el riesgo empresarial”*⁶¹.

⁶⁰ RODRÍGUEZ CANO, Alberto. Contratos mercantiles. 3ra edición. Pamplona, España. Thomson Aranzadi. volumen I. 2007. 603p.

⁶¹ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. Contratos Mercantiles y Bancarios. 1ra edición. Buenos Aires. Edición del autor. Tomo 1. 2005.

Para acentuar la ventaja de la franquicia habría que compararla con el hecho de poseer un negocio propio. En ese sentido, en la franquicia el riesgo en el momento de la inversión disminuye, pues se trabaja sobre algo ya reconocido como un buen producto; al existir un procedimiento sobre la administración del negocio, la forma de manejar esta nueva empresa se simplifica; y los costos operativos son menores debido a que se ingresa a un negocio ubicado en una economía de mayor escala⁶².

En el caso del negocio independiente tenemos que es más innovador, ya que está más apto para responder rápidamente, las cambiantes exigencias de los clientes; brinda autonomía y satisfacción de trabajo a aquellos emprendedores con poca capacidad financiera para iniciar su propio negocio; y tiene la capacidad de realizar alianzas y sociedades, a diferencia de las grandes empresas que se manejan en intereses competitivos demarcados.

Al margen de lo ya señalado, entre las principales ventajas del contrato de franquicia, señaladas por Ailed MOREJON⁶³ encontramos:

- Mayor agilidad y rapidez en la expansión del negocio, relacionada con la trasmisión que hace el franquiciante hacia el franquiciado de la responsabilidad de aportar el capital y la fuerza de trabajo necesarios para la instalación y operación de cada nuevo punto de venta. Con ello, el franquiciante amplía la cobertura o penetración de su producto o servicio en uno o más territorios en una forma ágil.

⁶² Franquicias vs Negocio independiente. Entrepreneur. [en línea]. <<https://www.entrepreneur.com/article/263912>> [consulta: 19 febrero 2016]

⁶³ MOREJON GRILLO, Ailed. El Contrato de Franquicia. Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez". [en línea]. <http://www.adizesca.com/site/assets/en-el_contrato_de_franquicia-am.pdf> [consulta: 19 febrero 2016]

- Fortalecimiento de la marca, lo fundamental para el desarrollo de este contrato es que la marca o nombre comercial que la distinguen sea sólida y que su penetración en el mercado se haya realizado en forma plena. Por ende, si no existe una marca o nombre comercial sólido, no es concebible el desarrollo de una franquicia. Además, se transmite una imagen de mayor servicio y apoyo al cliente, al acercar más dichos productos y servicios al consumidor. Es decir, la franquicia refuerza la identidad y penetración de la marca, relacionándola con el producto y el punto de venta
- Agilidad en el desarrollo y mantenimiento de nuevos mercados, por cuanto los costos de apertura de nuevas tiendas se incrementan cuando se trata de mercados remotos. Las distancias, las diferencias culturales y de consumo, encarecen y dificultan las expansiones en lugares distintos del centro de operación. Igualmente, el mantenimiento adecuado en estos lugares lejanos se dificulta.
- Mayor facilidad y eficiencia en la operación general del negocio, la operación se facilita y aumenta la eficiencia en la medida en que se delega la operación diaria de las unidades o negocio franquiciados; en otras palabras el franquiciante termina siendo un hombre de negocios, que además de contar con la capacitación y procedimientos adecuados –que transmite el franquiciatario-, cuenta con la motivación de ser su propio jefe.
- Los franquiciatarios proveen una invaluable fuente de talento, ya que se obtiene la creatividad e imaginación de hombres de negocios con los más diversos perfiles y experiencias en las áreas más variadas, buscando un solo objetivo: el éxito del negocio. Además, los franquiciatarios están más cerca del mercado y sus propuestas de cambios y mejoras (nuevos productos), estarán más basados en las necesidades del consumidor. En otras palabras, el franquiciatario será en

muchos casos el vehículo de comunicación más importante con el mercado.

- Satisfacción personal, porque una franquicia exitosa es una clara evidencia de que su producto o servicio y en general su concepto de negocios, es válido, y de que trabaja y satisface una necesidad en el mercado ya que atrajo la imaginación, el interés y dinero de una comunidad.
- Baja inversión de capital en la expansión del negocio.
- Incremento en la cobertura y desarrollo de mercados.
- Cobro de una cuota inicial por derechos de uso de la marca, con lo que se recupera en el mediano plazo la inversión del desarrollo del sistema de franquicias.
- Menores gastos publicitarios y mayor difusión: los gastos publicitarios terminan siendo desproporcionados en todos los medios masivos, sin embargo, la comunicación con los mercados es necesaria para educar al consumidor, y contarle de los beneficios del producto, para motivarlo a que visite el negocio. La única forma de poder absorber gastos de esta naturaleza es en equipo, repartiendo la carga y, justificando los esfuerzos dentro un territorio, lo cual generará mayores economías de escala.
- Reducción de riesgos e incertidumbres al ser propietario de un negocio acreditado, con resultados probados⁶⁴
- Obtención y acceso a experiencia, tecnología y know-how⁶⁵
- Mejor distribución de productos y servicios
- Establecimiento de una amplia red, sin necesidad de realizar grandes inversiones.
- Entrada de un mayor número de competidores, con una red de distribución uniforme y eficaz.

⁶⁴ ALCÁZAR, Enrique. Ventajas y Desventajas de las Franquicias. 2016. [en línea] <<http://www.soyentrepreneur.com/2201-ventajas-y-desventajas-de-las-franquicias.html>> [consulta 01 marzo 2016]

⁶⁵ Idem

- El franquiciado puede aprovechar los conocimientos, experiencia, prestigio y clientela del franquiciador
- Acceso a economías de escala⁶⁶

1.9.2. Desventajas de las Franquicias

Por su parte Alberto Rodríguez⁶⁷ encuentra las siguientes desventajas en el contrato de Franquicia para ambas partes:

- Menor beneficio por unidad, ya que este es compartido
- En ocasiones, el precio es muy elevado
- La exclusividad a la que se somete la relación comercial
- Dificultad para diversificar y extender el negocio sin consentimiento del franquiciador
- Falta de libertad para organizar su propio negocio, ya que está sujeto a las instrucciones del franquiciante.

Así mismo, entre las principales desventajas señaladas por Ailed MOREJON⁶⁸ encontramos:

- Reducción de independencia, ya que modifica la forma en la que el nuevo franquiciante ve a su propio negocio. Un empresario que esté dispuesto a otorgar franquicias de su negocio debe saber que, con ello va a verse en la necesidad de compartir, entre otras cosas, sus marcas, experiencias, conocimientos y en general, su propia empresa con terceros. Para este empresario el nuevo producto que tendrá que comercializar es el concepto entero del negocio, ya que en la Franquicia el franquiciante le otorga al franquiciatario una licencia para el uso de un sistema, que comprende mucho más que la simple marca o el nombre comercial del empresario. El franquiciante deberá analizar el efecto que sus decisiones

⁶⁶ RODRÍGUEZ, Alberto, CREAR EMPRESAS. [en línea]. 2016. [en línea]<<http://www.crear-empresas.com/franquicias>> [consulta: 01 marzo 2016]

⁶⁷ RODRÍGUEZ, Alberto, Op. Cit.

⁶⁸ MOREJON GRILLO, Ailed. Op. Cit.

tendrán en sus actuales y futuros franquiciatarios, puesto que se trata de una relación a largo plazo, cuya única salida legal es la finalización del contrato o la recompra de la Franquicia, que generalmente involucra un alto precio. El servicio y mantenimiento de esta relación es, uno de los principales retos, ya que un fenómeno es que pasados los primeros meses o años de dependencia por parte del franquiciatario, éste reconsidera la necesidad y participación del mismo franquiciante. A este fenómeno se le conoce como el "síndrome del franquiciatario autosuficiente". No es que sea autosuficiente ni que aprenda rápido, sino que se han dado casos que nunca entendieron en realidad, cuál es el objeto de la franquicia, o en otros casos de franquiciantes que no supieron estimular a su franquiciatario, ya sea desde el punto de vista personal o a través de la actuación y mejoramiento de los conocimientos aportados por la Franquicia.

- Reducción de control sobre las unidades o negocios de franquicias, ya que la empresa puede desarrollarse y crecer dentro de un mercado sin que el franquiciante tenga participación directa y diaria en la operación del negocio franquiciado. La delegación de una responsabilidad, de un riesgo de las relaciones laborales y en general de la operación diaria del negocio. Sin embargo implica un costo: falta de control. El franquiciatario contará siempre con una autonomía de operación claramente superior a la de un empleado, cuyo criterio, en muchas ocasiones, no entra en el proceso ni las decisiones de la operación diaria de un negocio.
- No es permitida la iniciativa individual en lo que se refiere a producto, servicio o diseño, por cuanto el franquiciado es poco lo que puede innovar y es poco lo que puede inventar porque todo está inventado y todo está escrito en los manuales de operación de la marca maestra. En una Franquicia es habitual conceder al franquiciado derechos no sólo en relación con la propiedad intelectual en su estado de desarrollo a la fecha de

concesión, sino también conceder posteriormente el derecho de uso de las mejoras que el franquiciador pueda desarrollar respecto de la propiedad intelectual en cuestión después de la concesión. La razón es evidente: el franquiciador quiere que el franquiciado tenga éxito, pues sus beneficios financieros dependen también del éxito de éste, por ello, querrá conceder las mejoras futuras para aprovechar las capacidades del franquiciado, incrementando las regalías y otras remuneraciones que el franquiciador prevé percibir.

1.10. Extinción del contrato de franquicia

Según Max Arias Schreiber Pezet, el contrato de franquicia puede establecerse por tiempo determinado o indeterminado, a voluntad de las partes. Si bien lo normal es fijar un plazo de duración concreto y normalmente bastante largo con el fin de que el franquiciado pueda amortizar la inversión que el desarrollo de toda franquicia lleva consigo. La tónica general será la de establecer contratos de duración determinada, a mediano o largo plazo (entre 5 y 10 años), con posibilidad de renuncia por cualquiera de ambas partes en caso de incumplimiento, aunque también es frecuente el señalamiento de un plazo breve (de 1 a 3 años), con posibilidad de prórroga automática, salvo denuncia de una u otra parte mediante el correspondiente preaviso.⁶⁹ Consecuentemente, será de aplicación el principio general de indemnización por daños y perjuicios que todo incumplimiento contractual lleva consigo en base a la teoría general del incumplimiento de obligaciones⁷⁰.

Respecto de la extinción o culminación del contrato, Edmundo Miranda Gutiérrez y Milagros de Jesús Zárate Rodríguez, señalan que normalmente termina por el cumplimiento del plazo pactado, por la

⁶⁹ GUARDIOLA ZACARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Barcelona. Casa Editorial. 1998. 264-265p.

⁷⁰ ARIAS SCHREIBER, Max, op. cit. 224p.

cual se extingue la relación contractual existente, lo único que acarrearía es cumplir con las condiciones posteriores al término del contrato: devolución de signos distintivos, etc. En caso de que no se estipule plazo en el contrato, siempre se estipulará una cláusula de resolución unilateral del mismo, el cual tiene que ser notificado previamente a la otra parte⁷¹. El mismo autor señala que además, existen casos excepcionales o anormales para que el contrato de franquicia concluya, estos son los siguientes:

- Por el acuerdo o consentimiento de ambas partes, sea directa (cuando en cualquier momento ambas partes dan por terminada la relación contractual) o indirecta (cuando las partes contratantes establecen una cláusula en la que se dispone que si una de las partes desea dar por culminado el contrato, ésta deberá notificar previamente a la otra parte y pagar la indemnización pactada)⁷².
- Por incumplimiento de una de las partes, en este caso será exigible la ejecución forzada de la prestación o contraprestación, según sea el caso, y por supuesto, la indemnización respectiva⁷³.
- Por causas sobrevinientes, sean estas por muerte o incapacidad de una de las partes (excepto en el caso del franquiciante, pues puede ser representado por sus herederos o curador, salvo que sea *intuitu personae* la responsabilidad asignada, por quiebra, etc⁷⁴.

A su vez, Heriberto Simón Hocsman, considera que son cuatro (4) las causales de extinción del contrato de franquicia:

- Cumplimiento del plazo (la franquicia se extingue al cumplirse el plazo contractualmente convenido).
- Rescisión con justa causa (el contrato de franquicia puede prever una serie de causales que - debido a su gravedad- permiten a una

⁷¹ MIRANDA GUTIÉRREZ, Edmundo y Zárate Rodríguez, Milagros De Jesús. Manual de contratos especiales: típicos y atípicos. Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. 2004. 132p.

⁷² Ídem

⁷³ Ídem

⁷⁴ Ídem

de las partes extinguir el vínculo contractual aun anticipadamente. Este supuesto se configuraría, por ejemplo, si el franquiciado incumpliese con pautas técnicas, comerciales, con las instrucciones del manual de operaciones, y esas deficiencias no fuesen subsanadas dentro de un plazo razonable (previsto en el propio contrato).

- Concurso preventivo o quiebra: incapacidad o muerte del franquiciado (el contrato de franchising participa de la categoría de contratos, en los cuales las características personales de las partes son tenidas especialmente en cuenta al momento de contratar. Por lo tanto la muerte o incapacidad del franquiciado, si fuese una persona física, o su disolución, si fuese una persona jurídica, ponen fin al contrato).
- Rescisión unilateral (opera si las partes han pactado una cláusula de rescisión unilateral a favor de una de las partes)⁷⁵.

2. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE UNA ÓPTICA LEGISLATIVA

En el Perú son varias las leyes a las cuales tenemos que acudir de manera subsidiaria para regular el contrato de franquicia en el país, debiendo empezar por la Constitución Política del Perú, el Código Civil, el Código de Comercio, legislación especial (propiedad intelectual, leyes laborales, entre otras) y la costumbre mercantil.

2.1. En el Perú

2.1.1. Marco constitucional

Para desarrollar el presente punto, debemos empezar señalando a la Carta Magna de nuestro País; la cual ha establecido en su Título III el Régimen Económico, recogiendo expresamente un

⁷⁵ SIMÓN HOCSMAN, Heriberto, op. cit., 256-260p.

modelo económico constitucional definido como “economía social de mercado”. Este modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia, estimulando el desarrollo de la capacidad productiva individual, con el objeto no sólo de estimular la creación de riqueza, sino de contribuir al progreso social, amén de resguardar celosamente un diversificado sistema de protección social de los sectores económicamente más vulnerables⁷⁶.

En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una “tercera vía”, frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualación material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado Social y Democrático de Derecho⁷⁷.

En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43º de la

⁷⁶ STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16

Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58° de la Constitución).

Es así que resulta necesario hablar de la Libertad de Empresa y de la Libertad Contractual como garantías individuales en nuestra Constitución Política del Perú del año 1993.

En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional⁷⁸.

En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución.

Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61° de la Constitución reconoce que el Estado:

- Facilita y vigila la libre competencia;
- Combate toda práctica que limite la libre competencia; y

⁷⁸ STC 01963-2006-AA/TC

- Combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

2.1.1.1. El Derecho a la Libertad de Constituir Empresa

De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mismo.

En buena cuenta, la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa⁷⁹.

Es así que nuestra Carta Magna establece en su artículo 59º lo siguiente: *“El Estado estimula la creación de riqueza, garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores*

⁷⁹ ZAMBRANO TORES, Alex R. La Libertad de Empresa como derecho Constitucional.[en línea] <<http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>> [consulta: 06 marzo 2016].

que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

En ese sentido, si bien el Estado es un promotor del ejercicio de la libertad de empresa, queda claro que esa libertad no es absoluta, por lo que podemos decir que la libertad de empresa en el Perú no es irrestricta, toda vez que estas actividades no pueden lesionar la moral, la salud y la seguridad pública de nuestro país.

En cuanto al aspecto moral puede ser ubicada en la escala de valores que tiene la población, en la medida que ella puede ser objetivada a través de la apreciación de la cultura, de la ideología y las costumbres.

Del mismo modo se establece que estas libertades no deben ir en contra de la salud pública, entendida ésta como la protección que brinda el Estado sobre la salud a nivel de todo el territorio, ello con el fin de buscar mejorías en la salud de la sociedad y la promoción de un estilo de vida saludable.

Igualmente, nuestra carta magna ha señalado que estas libertades no pueden alterar e ir en contra de la seguridad pública, que se entiende como aquella situación jurídica en la cual los ciudadanos de una determinada sociedad conviven en armonía, existiendo respeto mutuo y recíproco de los derechos de cada uno de los individuos que lo conforman, en donde el Estado funge de garante de la seguridad pública.

En tal sentido, la libertad de empresa debe ser defendida porque no se trata de cualquier derecho, éste permite y reconoce al ser humano como un ente libre, es decir, como un ser creativo y proyectivo, que permite constituir empresa y su libre accionar, desarrollo y permanencia; encargada de

proveer de bienes y servicios necesarios para atender la subsistencia y desarrollo integral de todas y cada una de las personas que integran la sociedad⁸⁰.

En este contexto, el papel del Estado implica la defensa del bien común y del interés público, la explotación racional de los recursos naturales para tener un desarrollo sostenible, y acciones orientadas a propiciar la equidad social. Por ende, tiene la obligación de acentuar la búsqueda del equilibrio entre la libertad económica, la eficiencia económica, la equidad social y las condiciones dignas de vida para las actuales y venideras generaciones⁸¹.

2.1.1.1.1. Contenido Esencial de la Libertad de Empresa – Límites

Los límites a la libertad de empresa, fijados bajo la potestad normativa de la ley tienen como fin la protección de la igualdad de las transacciones para salvaguardar al público, en su situación de debilidad contractual, frente al empresario. Por ello, generalmente la regulación legal busca preservar el buen funcionamiento del mercado dictando normas sobre: marcas, publicidad, defensa de la competencia, consumo, regulación de precios, etc⁸².

Es por eso que podemos marcar las mencionadas libertades en cuatro, siendo las siguientes⁸³:

- Libertad de fundación de una empresa:

⁸⁰ SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. [en línea] REVIST@ e – Mercatoria Vol. 4, Número 1 (2005).<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625833.pdf>>[consulta: 15 abril 2016]

⁸¹ STC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC

⁸² ídem

⁸³ ídem

En un orden lógico, el primer aspecto de la libertad de empresa es precisamente la libertad de emprender actividades económicas organizadas. Cuando un grupo de personas toma la decisión de constituir una empresa, por ejemplo, bajo la forma de una sociedad, encuentra que el ejercicio de su derecho no es absoluto, en la medida en que no podrá hacerlo bajo su entero arbitrio, sino que, por el contrario, deberá limitar su conducta al cumplimiento de unas condiciones objetivas o subjetivas que le impone la ley con miras a preservar el interés general de la comunidad.

El aspecto central de la libertad de empresa en materia societaria, es que los socios tengan plena autonomía para escoger su objeto social, es decir que libremente puedan decidir el conjunto de operaciones y actividades que va a desarrollar la empresa, y a lo cual comprometerán todo su esfuerzo⁸⁴. Sin embargo, tal libertad, en ocasiones puede ser coactada por las mencionadas “limitaciones objetivas”, las cuales nos ayudarán a fijar el contenido del derecho de la libertad de empresa en lo que a la formación de la misma concierne, pues por medio de ellas la ley puede restringir el ejercicio de una determinada actividad económica organizada como es el caso de los monopolios, limitando, como es obvio, el libre acceso de los particulares a determinada actividad empresarial.

⁸⁴ Ley N° 26887. PERÚ. art. 11 de la Ley General de Sociedades. Lima, Perú. 05 diciembre 1997.

Lo que quiere decir que, si bien es una garantía constitucional, ésta no es absoluta pues se encuentra supeditada al interés general de sus ciudadanos.

- Libertad de organización del empresario.

Partiendo de la premisa de que la correcta y efectiva organización de la empresa es un factor indispensable para el empresario en procura del éxito económico de la misma, será importante ver cómo todos los elementos que hacen parte de esa organización, son a su turno elementos de la libre iniciativa privada dentro del marco de la libertad de empresa. Por esta razón, haremos algunos comentarios sobre los elementos que hacen parte de la organización empresarial; tales son: la determinación de la forma jurídica en que se va a constituir, la definición de su estructura interna, la asignación del nombre e incluso la ubicación de su domicilio.

En cuanto a la forma de organización de la empresa, por ejemplo, como una sociedad comercial, los socios van a tener una libertad reglada, en la medida que sólo podrá formar su empresa eligiendo una de las siete formas que ofrece la Ley General de Sociedades, por ejemplo, elegirá constituir su empresa con la estructura de una sociedad anónima, una sociedad comercial de responsabilidad limitada, una sociedad colectiva, entre otras opciones.

En lo atinente a la definición de su estructura interna, podemos citar la libertad del empresario en cuanto a la determinación del número, estructura y designación de cargos de los órganos que toman las

decisiones al interior de la empresa, facultad que, para las sociedades, y en especial forma para la sociedad anónima, se encuentra reglada en la Ley General de Sociedades

La asignación del nombre es otra de las manifestaciones claras de la libertad de empresa, pues si el empresario quiere desarrollar su actividad de carácter económico lo más lógico es que el ordenamiento jurídico le permita designarlo como mejor le parezca; sin embargo, la ley, en defensa del interés general, ha querido intervenir en este tema colocando algunas restricciones⁸⁵, toda vez que exige que el nombre debe ir acompañado de las palabras “Sociedad Anónima” o “S.A.”, de forma similar los otros tipos societarios, esto con miras a que todo aquel que quiera adelantar relaciones contractuales con la empresa conozca prima facie el régimen de responsabilidad de sus accionistas.

Finalmente, la asignación del domicilio, esto es, del lugar o lugares donde la empresa va a desarrollar su objeto económico, es la última de las libertades que comprometen la organización de la misma, pero se ha visto parcialmente limitada en cuanto al deber de información se refiere, toda vez que la ley exige que se designe claramente cuál va a ser su domicilio.

- Libertad de dirección de la empresa.
Otro elemento de la libertad empresarial es la libertad de dirigir y desarrollar la empresa, libremente fundada y organizada, de acuerdo con las propias

⁸⁵ Ley N° 26887. PERÚ. art. 50 de la Ley General de Sociedades. Lima, Perú. 05 diciembre 1997.

ideas, planes, evaluaciones y decisiones. Dentro de este marco se encontrará la libertad de planificación económica, la libertad de contratación del capital humano, la libertad de producción, y la libertad de inversión y desarrollo.

En cuanto a la libertad de planificación económica, es claro que el empresario siempre tiene la facultad de dirigir financieramente su empresa de la forma como mejor corresponda, planificando sus inversiones de capital. Sin embargo, el empresario no debe olvidar que toda vez que actúe como administrador de la misma, deberá obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, pues de lo contrario comprometerá su responsabilidad patrimonial frente a los asociados (en caso de que sea una sociedad) y frente a terceros. Igualmente, tal libertad de planificación económica se podría ver limitada en la medida en que se encuentre bajo alguno de los supuestos de vigilancia o control, o en algunos casos más graves cuando la empresa se vea sometida a un acuerdo de reestructuración o a una liquidación obligatoria, situaciones en las cuales se regirán por las normas especiales que regulen estas materias y con la directa intervención estatal por medio de la Superintendencia que corresponda según sea el caso.

Otro aspecto de la libertad de dirección de la empresa es aquel referido al tema laboral, en que el empresario va encontrar limitada su libertad de elección y sobre todo de contratación de capital humano por las normas de orden público de carácter laboral, mandatos legales que son prevalentemente

proteccionistas del trabajador, lo cual es consecuencia necesaria de los modernos estados sociales de derecho.

La libertad de disposición como parte integrante de la libertad de dirección se podrá ver igualmente limitada por mandato legal cuando se imponga la prestación de ciertos servicios a las empresas a favor del Estado. Ejemplo típico de esta restricción a libertad empresarial lo será la carga que impone el Estado a las empresas de recaudar algunos impuestos como el IGV, o más específicamente aquellos que se encuentren catalogados como principales contribuyentes, modalidad que normalmente viene aparejada a las grandes empresas.

En lo atinente a la libertad de producción, entendida ésta tanto de bienes como de servicios, puede ser limitada a través de prohibiciones de producción, colocación de topes o restricciones en la producción o la imposición de requisitos para ejercer determinada actividad económica.

El primero de los casos es en realidad muy excepcional y sólo se configurarán bajo legislaciones especiales normalmente atadas a circunstancias coyunturales. Otro es el caso de la imposición de requisitos para el ejercicio de una actividad económica, toda vez que, dependiendo de la influencia económica o social de algunas actividades, el legislador ha querido, por ejemplo, autorizar su funcionamiento mediante la concesión de licencias como es el caso del funcionamiento de los establecimientos educativos, la fabricación de

productos farmacéuticos o el mismo ejercicio de la actividad bancaria.

- Libertad de la actividad en el mercado

La primera de ellas será la libertad del empresario de fijar como mejor le parezca los precios de sus productos, libertad básica en una economía de mercado en el que a su turno será normalmente el mismo mercado el encargado de regular los precios bajo un esquema de sana competencia. No obstante, el Estado en ejercicio del principio intervencionista podrá colocar límites a los precios de determinados bienes o servicios, siempre que se vea amenazada la libre competencia económica o los derechos del consumidor.

Otra de estas libertades es la libertad de distribución y venta de productos o servicios, que puede ser limitada, por ejemplo a través de la prohibición o restricción en la distribución y venta de algunos componentes químicos que pueden ser usados para la fabricación de estupefacientes, o la limitación a la libre negociabilidad de bienes que se encuentren gravados con algún tipo de garantía real (por ejemplo la prenda o garantías reales) pues con dichas garantías se está protegiendo el interés de terceros.

Finalmente, encontramos la protección a los secretos industriales como elemento de la libertad de distribución, pues éste es un derecho propio de toda empresa en el desarrollo de su actividad, toda vez que guarde relación con el manejo de secretos industriales. Pero de igual forma a las demás libertades, el derecho de protección de los secretos

industriales no es absoluto, y por tanto debe ajustarse a los parámetros normativos que se han fijado en el ordenamiento jurídico peruano en materia de propiedad industrial.

2.1.1.1.2. La Función Social como Límite a Libertad de Empresa

En cuanto la función social como límite a la libertad de empresa seguimos la posición de SABOGAL BERNAL Luis Fernando en cuanto manifiesta lo siguiente⁸⁶:

La función social de la empresa ha sido entendida reiteradamente por la jurisprudencia como uno de los límites a la libertad de empresa; el empresario tendrá derecho a ejercer libremente su actividad económica organizada siempre y cuando respete, además de los límites ya presentados, la función social de la empresa.

El Estado Social de Derecho marca un derrotero fundamental para la instauración de la función social de la empresa, pues se propone un Estado en donde tanto individuos como organizaciones tengan un carácter social. Por tanto, la Empresa no puede ser ajena a dicho propósito y menos aún al ser un motor socioeconómico tan importante, tanto que la misma Constitución le ha reconocido el lugar de ser la base del desarrollo.

Resulta pues claro que de manera similar a lo ocurrido en otras latitudes del mundo, en Perú la Empresa tiene una significación social que va más allá del simple

⁸⁶ Cfr. SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. [en línea] REVIST@ e – Mercatoria Vol. 4, Número 1, 14p (2005).<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625833.pdf>>[consulta: 19 mayo 2016]

beneficio particular del empresario, pues tiene una función social que implica obligaciones que en términos generales se pueden resumir en las siguientes: el ejercicio de su actividad no debe causar perjuicios a terceros, debe explotar sosteniblemente los recursos naturales, debe abstenerse de producir artículos defectuosos o sin los requerimientos ambientales, su actividad debe ser conforme a los derechos fundamentales, debe cobrar lo justo por sus bienes o servicios y procurar siempre acatar las metas sociales que se ha fijado la nación. Ello implica que la empresa se encuentra sujeta a unos objetivos sociales que son prioritarios, pues de por medio está la defensa del interés general.

En conclusión, el empresario también verá limitado el ejercicio de su libertad de empresa por el cumplimiento de una función social, es decir que deberá orientar sus actividades no sólo a que sus bienes o servicios sean productivos o dejen un marco de utilidad, sino además cooperen al desarrollo y crecimiento económico de la nación, colaboren a la cohesión social y a la protección medioambiental, para de este modo contribuir a la satisfacción de las necesidades sociales, que por supuesto como se ve, van más allá de la simple expectativa lucrativa que en principio podría tener el empresario.

2.1.1.1.3. Mecanismos de Protección

Asimismo, SABOGAL BERNAL Luis Fernando⁸⁷ menciona que la Constitución reserva al Estado,

⁸⁷ Ídem

respecto del mercado, una función supervisora, correctiva y reguladora, en el entendido que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en esencia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva, es decir, que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asuman deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallas en el desenvolvimiento del mercado.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios"⁸⁸.

⁸⁸ Exp. 10063-2006-AA FJ 35,36

2.1.1.1.4. La Libertad de Empresa como fundamento de la Autonomía Privada

La autonomía privada entendida como la potestad de los particulares para autorregular sus intereses tiene hoy un acento constitucional en la Libertad de Empresa y en el reconocimiento de la personalidad jurídica⁸⁹.

Hacemos esta afirmación dado que, la Constitución reconoce y promueve la libertad de empresa a partir de garantizar: “la libertad” como un principio inspirador de la estructura del Estado; “la participación de todos en la vida económica” como un fin esencial del Estado; y “la propiedad privada” como facultad concedida a las personas para apropiarse individualmente de bienes y servicios⁹⁰.

Luego, la libertad es fuente de la autonomía privada toda vez que para que una persona pueda efectivamente autorregular sus intereses, necesita que el Estado le garantice este ejercicio de una forma libre y que pueda además apropiarse de lo obtenido en el ejercicio de su actividad económica.⁹¹

En virtud de esto, la autonomía de la voluntad ya no puede ser observada como el principio absoluto e

⁸⁹ QUIÑONES ORÉ, Daniel. Autonomía Privada, Autoregulación de intereses y Acto programático: Su relación con el negocio Jurídico. [en línea] Disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wLJJEgvabt0J:https://issuu.com/tallerleonbarandiaran/docs/autonomia_privada__autorregulacion_+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe> [consulta: 26 junio 2016].

⁹⁰ ZAMBRANO TORES, Alex R. La Libertad de Empresa como derecho Constitucional [en línea] <<http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>> [consulta: 17 julio 2016].

⁹¹ SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. [en línea] REVIST@ e – Mercatoria Vol. 4, Número 1, 14p (2005). <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625833.pdf>> [consulta: 17 julio 2016]

ilimitado de regulación de intereses particulares del siglo XIX, sino que en tiempos modernos, por influencia constitucional, ésta ha sido relativizada con miras a proteger el interés común, el principio de solidaridad, los derechos de los terceros y las libertades básicas de la economía de mercado⁹².

2.1.1.2. Autonomía de la voluntad

En principio, debe quedar claro que, la palabra **autonomía** proviene de la unión de dos términos griegos, *nomos*, que quiere decir “ley”, y el vocablo o prefijo *autos*, que para la Real Academia Española significa “propio o por uno mismo”⁹³. La unión de estas dos palabras da el significado de “ley propia o dada por uno mismo”. Así mismo para LALAGUNA la autonomía significa “poder de dictarse uno a sí mismo su propia ley”⁹⁴. Por otro lado, el término **voluntad**, es definida por la Real Academia como “Facultad de decidir y ordenar la propia conducta”. Pero voluntad es, también “Libre albedrío o libre determinación”, y “Elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue”.

El último término: **privado**, se refiere, a lo “particular y propio de cada persona”. Por ello, el resultado de la combinación de todos sus significados sería que *autonomía de la voluntad privada es la facultad de los particulares para regir y ordenar su propia conducta mediante sus propias normas sin depender de nadie ni ser obligado a ello por algún impulso externo*.

⁹² HERNÁNDEZ FRAGA, Katiuska. El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus Límites y Limitaciones. [en línea] Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa. <<http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.html>>[consulta: 26 julio 2016].

⁹³ Diccionario de la Real Academia española/ encarta/ 2008.

⁹⁴ LALAGUNA, Enrique. La libertad contractual. Revista de Derecho Privado, Vol. II. (883): octubre 1972.

La autonomía de la voluntad de que gozan las partes para determinar el contenido u orden convencional, debe entenderse como concerniente a las partes en oposición al interés general, para crear normas que las obligue recíprocamente con independencia de las emanadas de la ley.

Esta autonomía de los sujetos participantes para obligarse recíprocamente y que es oponible al interés general, debe diferenciarse de la libertad individual de que gozan cada uno de estos para celebrar o no la convención, escoger con quien habrán de obligarse y determinar el contenido del orden jurídico convencional, obligándose con su contraparte a lo que mejor quieran⁹⁵.

2.1.1.2.1. El principio de la Autonomía de la voluntad

Es necesario señalar que, no siempre la expresión “autonomía privada” ha sido plenamente acogida. La literatura jurídica ha preferido utilizar el término “autonomía de la voluntad”⁹⁶.

Manuel de la Puente indica que, por autonomía se entiende, en general el poder de darse normas por sí. Esta autonomía puede ser concedida por el estado a una autoridad, caso en el cual estamos frente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico, que son obligatorias para todos, o bien atribuido a los sujetos privados, quienes de esta manera pueden dictar normas para regular sus propias conductas, también llamada

⁹⁵ Kelsen, Hans. El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho. 1ª ed. México, Coyoacán, 2007. 116 y 117p

⁹⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Contrato en General. Tomo I. Lima, Palestra editores, 2003. 197p.

“autonomía privada”. Se dice, por ello, que en virtud de esta autonomía los hombres soberanos se vinculan obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico⁹⁷.

La autonomía de la voluntad es un principio básico del derecho contractual que otorga a la persona la facultad de crear, por voluntad propia, una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar. Según Arias-Schreiber, este principio constituye el postulado básico de la Teoría clásica del Contrato. Parte del criterio de que la ley debe abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares, ya que cada individuo tiene la facultad de crear, por voluntad propia, una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar⁹⁸.

2.1.1.2.2. Clases de la Autonomía de la Voluntad

En nuestra regulación, la autonomía privada, se sustenta en el principio constitucional de que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, y sus manifestaciones en la Contratación Civil son la libertad de contratar y la libertad contractual.

- Libertad de contratar, conocida también como libertad de conclusión. Es el derecho que tienen las partes para vincularse contractualmente, y es anterior al contrato. Esta libertad de contratar otorga a las personas el derecho de decidir cuándo, cómo y con

⁹⁷ Ídem

⁹⁸ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exegesis del código civil 1984. Contratos parte general tomo I. 2^{da} ed. Lima, Gaceta Jurídica. 2012. 26 p.

quién contratar. Es el proceso formativo de un futuro contrato. Es la etapa de la negociación, tratativas, conversaciones. La libertad de contratar representa el derecho que tienen las partes en la medida de que así lo deseen para vincularse y es a la celebración del contrato, "se contrata porque se quiere y se contrata con tal o cual persona porque así se desea"⁹⁹.

- La libertad contractual: conocida como libertad de configuración interna, es la facultad de determinar libremente los términos y de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo¹⁰⁰. Se establecen las cláusulas contractuales, es lo específico y concreto del contrato.

El Art. 1354 del C.C. reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer que: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley". La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción¹⁰¹.

La pluralidad de personas presupone pluralidad de voluntades. Estas voluntades no deben ser mantenidas en el fuero interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse, sino que deben ser expresadas y exteriorizadas. El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser

⁹⁹ Ob cit, 27p.

¹⁰⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit., 200 p.

¹⁰¹ El artículo 62º de la Constitución Política del Perú, según el cual "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase", sería la versión constitucional y moderna del principio de seguridad jurídica. Este criterio, que postula la "santidad de los contratos", acogido por parte de la doctrina, postula que existirían dos sistemas de aplicación de normas, la aplicación ultractiva para las relaciones contractuales y la aplicación inmediata para las demás relaciones jurídicas.

recíprocas, coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, tal como lo establece el Art. 1352, que dice: "Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes..."

2.1.1.2.3. Los Límites de la Libertad Contractual

La naturaleza libre y social de la persona es el fundamento de la autonomía privada y por ende de la libertad contractual, sin embargo, esa libertad no es absoluta, sino limitada.

Los límites de la libertad contractual deben responder a una visión no sólo del Código Civil, sino del conjunto de normas y principios, usos y costumbres que regulan la contratación privada y que puede denominarse como "el Sistema de Contratación Civil".

Se ha escrito mucho sobre la crisis de la contratación clásica, sin embargo, no es verdad que exista una crisis del contrato sino más bien es un problema de delimitación de la libertad contractual, es decir, el problema radica en señalar sus límites de tal manera que no sean tan amplios que otorguen facultades excesivas ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía privada¹⁰².

A pesar que el Código Civil de 1984 ha avanzado respecto de la concepción clásica del contrato aceptando la relatividad de los principios clásicos al admitir la intervención judicial y administrativa, regular la lesión, la

¹⁰² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad. Gaceta Jurídica Revista de Actualidad Jurídica. tomo 75-B, 16: febrero 2000

excesiva onerosidad y la invalidez de las cláusulas abusivas, nuestra jurisprudencia sigue sosteniendo por ejemplo que el único límite del principio “pacta sunt servanda” es la excesiva onerosidad¹⁰³.

La libertad contractual, se ha visto seriamente afectada; tenemos el caso de los contratos de adhesión y aquellos celebrados mediante cláusulas generales; así también, los contratos masivos, pues estos ya no actúan en igualdad de condiciones, es decir, el contrato paritario negociado por dos partes ya no existe más.

Es evidente que existen nuevos límites además del orden público o el “pacta sunt servanda”, como son: el valor de la persona, el orden público económico, la relevancia del “status” contractual de las partes contratantes, la solidaridad en las relaciones económicas y la protección del débil contractual, entre otros¹⁰⁴.

- Respecto al valor de la persona, es un principio constitucional del derecho peruano, y presupuesto fundamental del humanismo jurídico y en el ámbito de las relaciones patrimoniales sostiene que la persona no es objeto del contrato sino sujeto de derechos subjetivos. Por ello, el juez puede declarar aquellas cláusulas contractuales que denigren, o sean vejatorias al valor de la persona, que, aunque no

¹⁰³ (Corte Suprema (Exp. No. 942-88 Lima. En: Jurisprudencia Civil, Editorial Normas Legales, Trujillo 1993, p.39). La jurisprudencia más permeable al carácter relativo de la libertad contractual y la obligatoriedad del contrato sostienen que la rigurosidad de estos principios se atenúan por las exigencias de la buena fe y de la equiparación de las prestaciones (Corte Suprema. Expediente No. 1887-92, publicado en Revista Jurídica del Perú Año XLVI No. 01 Enero Marzo 1996.

¹⁰⁴ Cfr. CASTOPE CERQUÍN, Lorenzo. Nuevos límites de la libertad contractual. [en línea]. Revista Jurídica Cajamarca. <<http://www.galeon.com/donaires/REVISTA6/libertad.htm>> [consulta: 26 julio 2016]

necesita estar regulada en norma expresa de carácter imperativo, debe ser regulada en la parte General del contrato como norma imperativa que sustente los nuevos límites de la libertad contractual¹⁰⁵.

- El orden público, tiene como finalidad servir como norma o principio orientador de la regulación de la libertad contractual, la cual, se ha constituido en una institución indispensable para el intercambio de bienes y servicios en el mercado. Tiende a evitar que el económicamente débil sea víctima de explotación u opresión por el ejercicio abusivo o desmesurado de la libertad contractual que el empresario o proveedor de bienes y servicios puede generar a través de cláusulas denigrantes, vejatorias o términos contractuales abusivos contra los consumidores o usuarios¹⁰⁶.
- El débil contractual, las partes contractuales no pueden seguir entendiéndose como elementos neutros o formalmente iguales, es imperativo que se regule la relevancia jurídica del “status” contractual de los contratantes y la figura del débil contractual, como límite de la libertad contractual. Los principios del orden público económico exigen que en toda relación económica se proteja a la parte más débil del contrato que no siempre es el deudor ni el consumidor aunque generalmente son la parte más vulnerable en una relación contractual.

¹⁰⁵ Idem

¹⁰⁶ Idem

- La protección del consumidor¹⁰⁷, son limitaciones normativas que se sustentan en la libre competencia y la defensa del consumidor. El Estado protege al consumidor a través de dos sistemas: i) La protección colectiva que se da a través de Instituciones, como Indecopi o las asociaciones de consumidores; y, ii) la protección individual, que tiene su fundamento a través de normas singulares que le reconocen derechos específicos.

2.1.2. Código de Comercio y Código Civil

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, los comerciantes pueden celebrar acuerdos que no pertenezcan a un tipo legal descrito en la ley, siempre y cuando vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela por el ordenamiento jurídico. El Código de Comercio se limitó a hacer una alusión a la libertad que tienen los comerciantes para expresar su voluntad cuando la norma no exija una determinada solemnidad⁴¹.

El artículo 2 del Código de Comercio, regula el régimen jurídico del acto de comercio, estableciendo que los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común. En ese sentido, serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

¹⁰⁷ Idem.

El artículo 50 del Código de Comercio determina que los principios que gobiernan la formación de los contratos civiles, sus efectos, su interpretación, su modo de extinguirse, anularse o rescindirse, son los mismos que se aplicarán a los contratos mercantiles a menos que la ley diga otra cosa.

Por otro lado, el artículo 50 del Código de comercio regula el régimen jurídico de los contratos mercantiles, señala que en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común.

En consecuencia y por remisión de este artículo 50° del Código de Comercio a la franquicia se le aplica el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1354 del Código Civil¹⁰⁸

Así también, el artículo 168° del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

De otro lado, encontramos el artículo 1361° del Código Civil, el cual dispone que los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarlo.

¹⁰⁸ Art. 1354: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la ley

2.1.3. Legislación Especial

Además de las normas ya comentadas conviene señalar que el contrato de franquicia se encuentra regulado como la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena, en lo que se refiere al capital extranjero y marcas, patentes y regalías; el Decreto Legislativo 807, en lo que se refiere a las facultades, normas y organización del INDECOPI; el Decreto Legislativo 662, respecto a la estabilidad jurídica para la inversión extranjera; y el Decreto Legislativo 1075, Ley de Propiedad Industrial, respecto a las marcas.

2.1.3.1. Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena

La decisión 291 del Acuerdo de Cartagena estipuló el régimen común de tratamiento de los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías con el fin de corroborar la inversión extranjera en contra de los posibles óbices existentes, y así poder incentivar la libre circulación de capitales regionales. La decisión aludida en el capítulo IV desarrolla los contratos de importación de tecnología, en su artículo 12° establece que los contratos de licencia de tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de ingeniería básica y de detalle y demás contratos tecnológicos de acuerdo con las respectivas legislaciones de los países miembros, serán registradas ante el organismo nacional competente del respectivo país miembro, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada mediante la estimación de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen tecnología u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada¹⁰⁹.

¹⁰⁹ BRAVO MELGAR, Sidney A. Contratos atípicos e innominados. Perú, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. 2003. 64 p.

2.1.3.2. Decisión N° 486 de la Comisión de la Comunidad Andina

Régimen Común de Propiedad Industrial cuyo artículo 163° señala que la autoridad nacional competente no deberá registrar aquellos contratos que no se ajusten a la disposiciones de la decisión número 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, o que no se ajusten a la disposiciones comunitarias o nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas de libre competencia¹¹⁰.

2.1.3.3. El Decreto Legislativo N° 662

Esta norma tendió a desaparecer los obstáculos y restricciones que existían en lo concerniente a la inversión extranjera, a fin de garantizar la igualdad de derechos y obligaciones entre inversionistas nacionales y extranjeros. La norma en mención estableció en su artículo tercero que las inversiones extranjeras que se efectúen en el país quedaban autorizadas automáticamente. Una vez efectuadas deben registrarse ante el organismo nacional competente¹¹¹.

El primer párrafo del artículo 21° del Decreto Legislativo 662 (Ley de Promoción a la Inversión Extranjera), establece que los contratos de licencia de uso de tecnología, patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como de asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia que estipulen el pago de regalías calculadas sobre porcentajes de las ventas netas de un producto determinado u otro sistema de cálculo, se entienden automáticamente registrados con la sola

¹¹⁰ YOVERA LEÓN, Jenny Marilú. Regulación Jurídica del Contrato de Franquicia en el Perú. Tesis. (Título de Abogada). Lambayeque, Perú. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Facultad de Derecho. 2011. 86 p.

¹¹¹ BRAVO MELGAR, Sidney A., op. cit., 64 p.

presentación al organismo nacional competente, sin limitación de cantidad o porcentaje alguno y siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 13 y en los dos últimos párrafos del artículo 14 de la Decisión N° 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena¹¹².

Una vez registrada la inversión extranjera, otorga al titular los derechos establecidos en los artículos 7° y 9° del Decreto Legislativo en mención, vale decir la remesa de regalías al exterior y la conversión de moneda nacional a extranjera y viceversa.

El organismo nacional competente, paulatinamente ha ido variando de acuerdo al transcurso de los años. Por los años de 1971 el órgano encargado de examinar y evaluar los contratos de transferencia de tecnología extranjera era el Ministerio de Industria y Comercio; por los años 1974, esta labor fue encomendada al Instituto de Investigación Tecnológica y de Normas Técnicas (ITINTEC), posteriormente estas actividades pasaron a manos del Comité Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras (CONITE). Este comité ejerció sus actividades, hasta el 24 de noviembre de 1992, fecha de inicio de las actividades del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) mediante el Decreto Ley N° 25868, el cual en su artículo 30° creó la Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera, cuyas funciones duraron hasta el 18 de abril de 1996, día en que se promulgó el Decreto Legislativo N° 807¹¹³.

¹¹² Idem, 65 p.

¹¹³ Idem, 65 p.

2.1.3.4. Decreto legislativo N° 807

La ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, establece las funciones del INDECOPI, institución que nació en una economía de libre mercado, la cual está encargada de la seguridad de los derechos intelectuales y vela por el buen funcionamiento del mercado. El INDECOPI, inició sus operaciones contando con cinco oficinas indistintas en sus funciones, las cuales son:

- La Oficina de Signos Distintivos
- La Oficina de Invenciones
- La Oficina de Nuevas Tecnologías
- La Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera,
- La Oficina de Derechos de autor

2.1.3.5. Decreto Legislativo N° 823:

La ley de Propiedad Industrial. Ley de Propiedad Industrial; cuyo artículo 4° expresa que la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI tiene a su cargo el listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia de origen extranjero. Por su parte, su artículo 7° establece que los contratos que implican transferencia de licencia, deberán inscribirse en los registros de propiedad industrial.

Con respecto al párrafo precedente, debe mencionarse que en Perú el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –Indecopi es el ente encargado de regular y registrar las Franquicias Extranjeras, específicamente, la Oficina de Signos Distintivos en el Área de registro de Transferencia de Tecnología

Extranjera. Es esta área la que establece los requisitos para acceder a la inscripción: formato de la solicitud llenada debidamente con los datos generales de la persona, sea natural o jurídica (además del representante de ésta última), indicación del nombre del titular del signo distintivo que va a ser materia de explotación (Nº de certificado, denominación, vigencia, etc.), comprobante de pago respectivo y otros documentos: Constitución de la empresa, copia del Contrato de Transferencia de Tecnología Extranjera, etc¹¹⁴.

En consecuencia, en nuestro país no existe un registro fiable en el que figure el número exacto, ni estadísticas completas y precisas acerca de este rubro, debido a que sólo se ha regulado un registro para franquicias extranjeras.

2.1.3.6. El Decreto Legislativo N° 1075

La norma aprueba disposiciones complementarias a la decisión número 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común de Propiedad Industrial; cuyo artículo 4° dispone a la Dirección de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI como competente para tener el listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia, de origen extranjero.

2.1.3.7. Decreto Legislativo N° 1033

La ley de Organización y Funciones del INDECOPI, cuyo artículo 39° regula lo referente al registro de Contratos de

¹¹⁴ MOREJON GRILLO, Ailed. El Contrato de Franquicia. [en línea]. Cuba. Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez". <http://www.adizesca.com/site/assets/en-el_contrato_de_franquicia-am.pdf> [consulta: 29 julio 2016]

Transferencia de Tecnología Extranjera, disponiendo que corresponde a las Direcciones de Signos Distintivos, y de Invenciones y Nuevas Tecnologías llevar el registro o listado, de los contratos de licencia de uso de tecnología, patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como de asistencia básica y de detalle, gerencia y franquicia que estipula el pago de regalías.

2.1.3.8. Decreto Supremo N° 085 – 2010-PCM

El decreto supremo, modificado por el D.S N° 110-2010-PC Texto Único de Procedimientos Administrativos de INDECOPI; cuya direcciones de invenciones y nuevas tecnologías, dispone en el Procedimiento N° 07, los requisitos para la inclusión en el listado de Licencias de uso de Tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia de origen extranjero. A su vez en el procedimiento N° 11, se establecen los requisitos para las modificaciones al registro de contratos de transferencia de tecnología extranjera o al listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia de origen extranjero.

Ahora bien, pese a la existencia de estas normas no es suficiente para otorgar una plena seguridad jurídica a los contratantes y menos aún promocionar este modelo como una opción para expandir un negocio. Además, que estos cuerpos legales desarrollan el tema de las inversiones extranjeras en el Perú, pero no detallan aspectos de la operatividad del Sistema de Franquicias en sí. Al no existir un parámetro legal y/o ético que regule específicamente a las franquicias, estamos expuestos a que con el crecimiento del sector

también se acrecienten el número de conflictos y estas normas básicas y generales no sean suficientes para ciertos supuestos¹¹⁵.

2.2. Tendencias de la Legislación Comparada

El contrato de franquicia no ha recibido un tratamiento homogéneo en los diversos regímenes jurídicos a nivel internacional, verificándose que existen hasta tres tipos de posiciones: el primero, es la falta de regulación y por tanto subsume al contrato de franquicia dentro de otras figuras jurídicas; el segundo es regular algunos aspectos del contrato, como por ejemplo, la entrega de información que debe realizar el franquiciante como condición previa a la firma del contrato; y la tercera, es regular extensamente¹¹⁶ el contrato.¹¹⁷

2.2.1. Países que no cuentan con regulación

Sobre los países que no tienen una regulación específica se encuentra Ecuador, Colombia, Panamá y casi todos los países latinoamericanos, a excepción de tres países (México, Brasil y Argentina), cuya regulación analizaremos más adelante.

En ese sentido, entre los más importantes tenemos los siguientes:

2.2.1.1. Ecuador

Al igual que el Perú, Ecuador tiene algunas leyes especiales que si bien no establecen un marco legal al contrato de franquicia como tal, existen algunas normas de materia

¹¹⁵ LUDEÑA ALMEYDA, Yuly. "EL boom de las franquicias en el Perú ¿es tiempo de una regulación jurídica o aún no?", publicado en LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2012. 82 p.

¹¹⁶ El común denominador de aquellos países en donde existe una regulación es que establecen reglas claras ya sea para la etapa precontractual como para la etapa contractual

¹¹⁷ En este caso se incluye a los Estados Unidos, país que no sólo ha legislado a nivel estatal sino que el sistema jurídico federal contiene normas específicas sobre franquicias

especial que de una u otra reseñan algunos aspectos del mismo¹¹⁸.

En primer lugar, al igual que los demás miembros de la Comunidad Andina, se encuentra la decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre “Régimen Común de tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”; y la Decisión N° 486 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre “Régimen Común sobre Propiedad Industrial”. Estas leyes de carácter supranacional tienen como objetivo establecer normas generales para la regulación y promoción de la inversión en los países de la Comunidad Andina; estas normas son de carácter general y para su correcta aplicación depende de la legislación de cada país.

En el caso de Ecuador esta normativa fue implementada mediante la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones¹¹⁹ y resaltan los siguientes artículos:

***“Art. 12.- Para los propósitos de esta Ley se entenderá como inversión extranjera directa, subregional o neutra, en los términos establecidos en la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a cualquier clase de transferencia de capital al Ecuador, proveniente del exterior, efectuada por personas naturales o jurídicas extranjeras, destinada a la producción de bienes y servicios.*”**

¹¹⁸ CARRASCO, Pablo. El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos Jurídicos Económicos. Tesis (Doctor en Derecho). Quito, Ecuador. Universidad Internacional SEK, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2005. 148-149 p.

¹¹⁹ Ley N° 46. RO/ 219. Ecuador. Ley de Promoción y Garantía de Inversiones. 19 de diciembre de 1997

Art. 14.- *Las transferencias de capital, a las que se refiere el artículo 12 de la presente Ley, podrán comprender los siguientes aspectos:*

(...)

c) Contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse en distintas formas, que se encuentren sustentados por contratos debidamente registrados en el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca”.

Esta ley de Promoción y Garantía de las Inversiones considera como inversión extranjera en el país aquella realizada a través de la transferencia de Tecnología de intangibles, ya sea Know How y marcas. Y teniendo en cuenta que la transferencia de Know y How y de la marca son partes fundamentales del contrato de franquicia, la ley señala que todos los contratos de franquicias deben ser registrados en el Ministerio de Comercio Exterior, en virtud de lo establecido en el siguiente artículo:

“Art. 34.- *Los contratos de licencia de marcas, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales y nombres y lemas comerciales y en general los contratos por transferencia de tecnología se registrarán en el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca, para efectos de ser considerados inversión.*

Dicho Ministerio remitirá a la FUNDACIT, toda la información relativa a la transferencia de tecnología, para que pueda ser utilizada dentro de sus respectivas actividades”.

Asimismo, el Código de Comercio en su libro III, habla de los contratos y obligaciones mercantiles en general, pero no contempla a las franquicias en sí mismo y menos que exista una orientación asistencialista o protectora hacia el franquiciado o sus contrarios, pero si se aplica el principio del mercantilismo de manera subjetiva prevista en el Art. 140° del citado Cuerpo Legal. Así mismo el Art. 4° de dicho Código establece que la costumbre mercantil suple el silencio de la Ley, cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos, ejecutados en la República o en una determinada localidad¹²⁰.

La institución jurídica comercial en Ecuador aplicable es eminentemente supletoria por la forma del tipo de contrato de la franquicia es el contrato de know how, de licencia o en su defecto la comisión o mandato comercial previstas y sus concordancias con los Arts. 374- 409 del Código de Comercio y artículos 1759, 1481, 1884, 1984, 2046 y 2190 numeral 5 del Código Civil, donde de modo tácito se incluyen ciertas reglas relativas al arrendamiento de cosas incorpóreas como las marcas, la transferencia temporal o definitiva del conocimiento y experticias de un proceso de producción de bienes o servicios para optimizar sus rendimientos, donde el arrendatario, comisionista o mandatario (franquiciado) deberá guardar sigilo sobre dichos procesos, pagar un pontazgo (algunos la conocen como Royaltie otros como derechos franquiciales) por el uso de aquella cobertura o asesoramiento permanente y el suministro de insumos¹²¹.

¹²⁰ MONCAYO, Oswaldo y Cabanilla, Enrique. Las Franquicias en Ecuador.2007. Tesis (Maestría en el Postgrado de Gestión de Desarrollo del Turismo). Ecuador. Universidad de Especialidades Turísticas UCT, 2007.

¹²¹ Ídem

Es así que, en Ecuador al no existir una norma específica sobre el contrato de franquicia, se rigen por la libertad de las partes para negociar y establecer sus condiciones, incluyendo aspectos legales, comerciales, tributarios, entre otros.

Queda claro, que en Ecuador no existe legislación para las franquicias (como sí lo hay ampliamente en los Estados Unidos), y que la principal fuente de obligaciones, deberá provenir del convenio que suscriban las partes. Así mismo, es necesario considerar que es obligatorio considerar las normas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, así como en las disposiciones pertinentes del IEPI (Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual), ya que lo que se concede o permite usar en este tipo de negocios, es justamente propiedad intelectual. Normas jurídicas que deben tomarse en cuenta son también las provenientes del Código Civil y el Código de Comercio.

Cabe señalar que, en el tema laboral, al momento del desarrollo de la franquicia, se deberán tomar en cuenta las disposiciones del Mandato 8 aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de abril del 2008, el cual se prohíbe la tercerización en las actividades a las que se dedique la empresa. Esto podría implicar que las empresas que se configuren como franquiciantes deban dedicarse a actividades de licencia de marcas y propiedad intelectual, y no al manejo y operación del negocio a franquiciarse. Es imprescindible contar con asesoría legal especializada para este efecto¹²².

¹²² VILLAGRAN, Leonidas. Aspectos legales de la franquicia en Ecuador. [en línea] <<http://www.aefran.org/aspectoslegales.html>> [consulta: 29 julio 2016]

2.2.1.2. Bolivia

En la actualidad, la legislación de Bolivia no contempla la figura del contrato de franquicia, siendo este un contrato atípico, de gran importancia en la dinámica económica global, del cual Bolivia no está ajena. La inexistencia de un orden normativo en el formalismo jurídico, imposibilita a los empresarios nacionales tener una opción dentro de la ley que permita equilibrar y/o flexibilizar en la medida de lo posible esta relación contractual¹²³.

No existe una regulación sobre la materia en el Código Civil, ni en el Código de Comercio, de manera que el contrato se regula por lo que las partes convengan, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta aquellos aspectos regulados por las decisiones de la Comunidad Andina, reseñadas al tratar en el punto anterior.

2.2.1.3. Colombia

La franquicia comercial es un contrato atípico en Colombia; sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de este país, han señalado que a los contratos atípicos de carácter comercial le son aplicables las normas generales de carácter imperativo contenido en el código civil, código de comercio y los usos y costumbres comerciales.

Al ser la franquicia un contrato mercantil, la primera fuente de norma aplicable es el Código de Comercio¹²⁴, luego debemos

¹²³ Cfr. URQUIDI MERCY, Fernando. Lineamientos fundamentales para la Regulación Jurídica del Contrato de Franquicia en Bolivia. [en línea] Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Internacional Económico). Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. 8-12 p. < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3262/1/T1212-MDE-Urquidi-Lineamientos.pdf> > [cvonsulta: 30 julio 2016]

¹²⁴ Decreto 410 de 1971. Colombia.Código de Comercio. Marzo 1971

remitirnos al Código Civil. Igualmente, se revisarán algunas normas especiales relacionadas con la franquicia tales como propiedad intelectual, el derecho a la competencia, inversión extranjera, entre otras¹²⁵.

Así el artículo 4º del Código de Comercio establece que los contratantes con capacidad legal, consentimiento exento de vicios, objeto y causas lícitas, estipulen lo que tengan a bien y dispone que esos contratos válidamente celebrados prevalezcan frente a las normas supletorias y a las costumbres mercantiles¹²⁶.

Asimismo, el Art. 822º del mismo cuerpo normativo determina que los principios que gobiernan la formación de los contratos civiles, sus efectos, su interpretación, su modo de extinguirse, anularse o rescindirse; son los mismos que se aplicarían a los contratos mercantiles a menos que la ley diga otra cosa. Por ende, y por remisión, a la franquicia se aplica el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el Art. 1602º del Código Civil¹²⁷.

Sin embargo, la evolución e importancia cada vez mayor de la Franquicia en la economía Colombiana ha llevado al sector de franquicias a ejercer una actividad autoregulada a través del Código de Ética, normas técnicas (NTC 5813 del Icontec) y costumbres reconocidas por las Cámaras de Comercio, que si bien no son normas de obligatorio cumplimiento, son reglas

¹²⁵ Cfr. GONZALES MULETT, Ruth. Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia. [en línea]. Tesis (Título de abogado). Bogotá, Colombia. Universidad Pontificia Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2010. 57-61 p.<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis41.pdf>> [consulta: 30 julio 2016]

¹²⁶ Ley 57 de 1887 .Colombia.Código Civil. Artículo 1602 Del Efecto de las Obligaciones Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales

¹²⁷ ídem

de conducta que permiten orientar y blindar, en cierta medida, las obligaciones, deberes y derecho de las partes¹²⁸.

Es así que se constituyó la Cámara Colombiana de Franquicia el 4 de Diciembre de 2012, con la finalidad de propiciar condiciones de colaboración y contribución activa en el desarrollo sectorial y empresarial de las franquicias; así como impulsar el estudio objetivo y científico de la Franquicia en todos sus aspectos, la coordinación de las acciones conjuntas de sus miembros, y la promoción de la Franquicia en general y de los intereses particulares de sus asociados¹²⁹.

Sus miembros son todas aquellas personas naturales o jurídicas (I) franquiciantes, cuya explotación de negocio se realiza directamente y/o a través del otorgamiento de franquicias en Colombia, (II) en proceso de convertir su explotación en Colombia a formato de franquicia, y (III) Consultores, Asesores y demás colaboradores en el área de franquicias en Colombia.

Con el objetivo de colaborar con el desarrollo y éxito sostenido de este sistema de negocio, la Cámara Colombiana de Franquicia ha impulsado un Código de Ética que sirva como código de buenas costumbres y de buena conducta de los usuarios de la Franquicia en Colombia. En este sentido, el mencionado código no sustituye la legislación y las disposiciones reglamentarias que incidan en el negocio de franquicias, ni tampoco pretende constituir o ser origen de

¹²⁸ QUIROGA, Andrés Felipe. Regulación del Contrato de Franquicia en Colombia. [en línea]. La República. 5 de julio, 2014. http://www.larepublica.co/regulaci%C3%B3n-del-contrato-de-franquicia-en-colombia_141831 [consulta: 30 julio 2016]

¹²⁹ ALVAREZ, Raquel; GIACALONE, Rita y SANDOVAL, Juan Manuel. Globalización, Integración y Fronteras en América Latina. [en línea]. Biblioteca Virtual Andina. <<http://www.comunidadandina.org/bda/docs/ve-int-0001.pdf>>. [consulta: 30 julio 2016]

relaciones jurídicas entre las partes de un contrato de franquicia.

Por el simple hecho de la adhesión de sus miembros, se comprometen a hacer cumplir las distintas disposiciones contenidas en el Código de ética para las franquicias en Colombia, como cumplir con los principios rectores donde se encuentran detalladas las obligaciones del franquiciante y del franquiciado, las obligaciones de las partes en caso de controversias; así como la capacitación que deben recibir los franquiciados, la publicidad e información; y los puntos esenciales mínimos que deberá contener todo contrato de franquicia.

Por otra parte el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación-ICONTEC, con un grupo de empresarios, el Gobierno Nacional, gremios y consultores, en el marco del programa “Franquicias Colombianas” auspiciado por el Banco Interamericano de Desarrollo-BID, se dieron a la tarea de conceptualizar y definir un conjunto de “Buenas Prácticas” relacionados con los procesos propios de la gestión de franquicias, con el propósito de elevarlos a la categoría de Norma Técnica y brindar de esta manera su aporte al desarrollo de las franquicias en el país, es así que emiten la Norma Técnica 5813¹³⁰.

La norma técnica suministra reglas, directrices y características para las actividades y sus resultados, en este caso en particular en relación con la forma en que se planea, ejecuta y controla toda la gestión del programa de franquicias dentro de una empresa y así lograr la calidad y competitividad de las mismas en los mercados nacionales e internacionales,

¹³⁰ Centro de Franquicias VALENCIA Hoyos y Asociados. Buenas Prácticas en Franquicia.[en línea] <<http://www.valenciahoyos.com/paginas/buenas-practicas>> [consulta: 30 julio 2016]

generando las buenas prácticas comerciales, que las partes interesadas deben tener en cuenta en la relación precontractual, contractual y post contractual de una franquicia. Del mismo modo la norma recoge elementos de la Decisión 486 del año 2000 de la Comunidad Andina de las Naciones, en relación con aspectos de marca y de protección a la propiedad intelectual en industria en general¹³¹.

La NTC 5813 del 2010, es de carácter voluntario, sin embargo, las empresas franquiciantes que se acojan a los lineamientos trazados en ella elevan sus estándares de calidad en los procesos de franquicias a la categoría de “Buenas Prácticas”, adquieren ventajas competitivas de peso frente a otras empresas tanto Colombianas como extranjeras; con ello se propicia al sistema elementos de credibilidad y confianza que fortalezcan la fiabilidad ante los actuales y los futuros franquiciados, brindando un marco de transparencia durante la negociación de la franquicia y busca mejorar las relaciones productivas en la gestión de la red creada a través de la misma franquicia como modelo de negocio¹³².

2.2.1.4. Chile

No existe ningún tipo de regulación para el contrato de franquicia en toda la normativa chilena. En Chile, el contrato de franquicia se considera un contrato innominado o atípico, por lo que constituye un acuerdo privado regido por el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esto permite utilizar el contrato tipo de franquicia de cualquier otro país, o incluso un contrato elaborado totalmente ad hoc, si bien siempre deben tenerse en cuenta las peculiaridades generales de la normativa chilena para cualquier tipo de

¹³¹ Ídem

¹³² Ídem

contrato, empresa o sector. Es decir, al contrato atípico de franquicia acaba aplicándose normativa tan diversa como el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley de Propiedad Industrial, el Código de Trabajo o la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, entre otros¹³³.

Es así, que la Ley Chilena de Propiedad Intelectual e Industrial distingue entre trabajos intelectuales, regulados por la Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336, y trabajos industriales (marcas, patentes, diseños industriales, denominaciones de origen, entre otros), protegidos por la Ley de Propiedad Industrial N° 19.039.

En los contratos de franquicia, habitualmente se entrega un Manual de la franquicia al franquiciado que suelen incluir instrucciones, descripción de sistemas y procesos relativos a la franquicia, estrategias de marketing, acuerdos, técnicas de venta, formación de personal, entre otros aspectos; por eso recomiendan inscribir en el Registro de Propiedad Intelectual y se transfieran a los franquiciados a través de una licencia de uso. En cuanto a las licencias de uso reguladas por la Ley de Propiedad Industrial Chilena no representa ningún tipo de requisito formal para su registro o efectividad; sin embargo, se recomienda que estas licencias se plasmen por escrito y se firmen por las partes ante notario público. Estos acuerdos, incluyen el propio contrato de franquicia, deben registrarse en el Instituto Nacional de Propiedad Industrial de Chile (INAPI) para protegerlo frente a terceros¹³⁴.

¹³³ PANDO, Carmen. El Contrato de Franquicia. [en línea].<<http://chile-franquicias.blogspot.pe/2008/06/el-contrato-de-franquicia.html>> [consulta: 30 julio 2016]

¹³⁴ Ídem

Con respecto a la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores puede resultar de aplicación al franquiciador si la franquicia se considera una micro o pequeña empresa, pues puede llegar a considerarse al franquiciado como consumidor y al franquiciador como proveedor.

Por otra parte, en 1993 se crea la asociación de franchising de Chile para difundir el contrato de franchising, para su aplicación y desarrollo en ese país.

La académica del Departamento de Administración de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, presentó el “Estudio de Mercado de las franquicias en Chile 2015-2016” dando cuenta que las facturaciones de la industria asciende a US\$ 1.951 mil millones, equivalente a un crecimiento de 31% en los últimos cuatro años. De dicho monto se concluye que las franquicias aportan el 9,4% al PIB del comercio¹³⁵.

2.2.1.5. Alemania (*Betrich Franqchising*)

Jurídicamente carece de una legislación específica que trate los contratos de franchising¹³⁶; sin embargo, tras años de distintas posiciones, la mayoría de la jurisprudencia y la doctrina llegó al acuerdo que la reglamentación correspondiente al contrato de agencia comercial le debe ser aplicable al de franquicia, por las vastas similitudes en las

¹³⁵ Cámara de Comercio de Santiago. Franquicias aportan el 9.47% al PIB del Comercio. [en línea] 09 de junio del 2016. <<http://www.ccs.cl/prensa/2016/06/Comunicado%20Franquicias%202016.pdf>> [consulta:30 julio 2016]

¹³⁶ KLEIDERMACHER, Jaime. Franchising Aspectos Económicos y Jurídicos. Argentina, Abeledo Perrot, 1993. 251p.

situaciones que se presentan¹³⁷, lo cual concuerda con lo dispuesto en el Artículo 39° inc. B del Código Civil.

De acuerdo a Navas Herrera María, el contrato de franquicia en alemania¹³⁸, se suscriben cláusulas penales que obligan a mantener silencio en torno al contrato de franquicia, el sistema no cuenta con tanta jurisprudencia como se quisiera. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia, con excepción del BGH (Corte Suprema de Justicia Alemana)¹³⁹ que hasta ahora no se ha pronunciado sobre el particular, han desarrollado el concepto del deber precontractual de aclaración, y han dispuesto que el franquiciador tenga que informar y dilucidar los aspectos relacionados en torno a la rentabilidad de la franquicia, antes de la suscripción del contrato. Sólo se puede excusar de dicho deber en aquellos eventos en los que el franquiciado ya se desempeña como empresario en el mismo sector de la franquicia, o cuando ya conoce el sistema de franquicia proporcionado por el franquiciador.

La jurisprudencia alemana ha sido prolífica en relación con los deberes precontractuales de aclaración por parte del franquiciador, pero calla en relación con deberes precontractuales que pueden corresponder al franquiciado. No obstante, en dichos tribunales se ha aceptado la concurrencia de culpas, y consecuentemente la disminución de la indemnización a cargo del franquiciador, siempre y cuando éste no haya obrado con dolo. Lo anterior debe ser interpretado en concordancia con § 254 BGB¹⁴⁰.

¹³⁷ LOPEZ GUZMAN, Fabián. Op cit. 268p.

¹³⁸ NAVAS HERRERA, María y Mosquera Moreno, Andrés. El Contrato de Franquicia: Aportes y tendencias en el Derecho Comparado sobre la responsabilidad del franquiciado [en línea].Colombia. Vniversitas.<<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a17.pdf>> [consulta:30 julio 2016]

¹³⁹ Bundesgerichtshof (Corte Suprema de Justicia Alemana)

¹⁴⁰ Bürgerliches gesetzbuch (Código Civil Aleman)

Adicionalmente, los tribunales han advertido la prohibición de “venire contra factum proprium” que dispone que nadie puede ir en contradicción de su conducta previa, pues las personas están obligadas en los términos de § 242 BGB de actuar de buena fe, y en consecuencia deben propender por el cumplimiento de sus deberes conforme lo requiere usualmente el tráfico jurídico.

En Alemania, cuando el franquiciador es quien elabora los términos y condiciones generales de la franquicia, se habla de un contrato de adhesión y, por lo tanto se encuentra sujeto a los §§ 305 - 310 del BGB, donde se desarrollan los derechos de los usuarios en los eventos en que las condiciones del contrato fueron formuladas previamente por la otra parte. Es decir, el franquiciado, quien realiza actividades comerciales de manera profesional, es considerado para efectos de la relación con el franquiciador como un usuario¹⁴¹.

En ese sentido, el § 309 BGB hace un listado de cláusulas contractuales que se consideran ineficaces de pleno derecho en los contratos de adhesión, y que pueden ser analizadas en el contexto de la relación franquiciador - franquiciado. Así por ejemplo, a la luz del § 309 BGB, el franquiciador no puede dar por terminado el contrato de franquicia cuando el franquiciador incumple sus obligaciones (num. 2). Igualmente, el franquiciador no puede establecer en el contrato de franquicia un plazo para que el franquiciado pueda exigirle al franquiciador el cumplimiento de sus obligaciones (num. 4)¹⁴².

Finalmente el contrato de franquicia involucra varias ramas del Derecho como son: el Derecho de la Competencia,

¹⁴¹ NAVAS HERRERA, María y Mosquera Moreno, Andrés. Op cit., 14 p.

¹⁴² Idem.

Derecho Comercial, Derecho Corporativo, Marcas, Derecho del Trabajo y Social, Derecho de Obligaciones, Ley de Contratos, Ley antimonopolio, etc.

De igual modo, a nivel europeo, tenemos el Reglamento UE 330/2010 que establece el derecho de la competencia; asimismo, el Código Europeo de Ética de Franquicias, que ha sido aprobado por la Asociación Alemana de Franquicias, así como otras asociaciones de franquicias europea.

El Código Europeo de Ética de Franquicias, es una guía de la “buena gestión”, que fue elaborado por los franquiciadores para regular la práctica de la franquicia, y se utiliza a menudo en los Tribunales como una referencia.

2.2.1.6. Inglaterra

Tampoco cuenta con una ley sobre franchising; sin embargo, diversas normas sobre competencia, privacidad del contrato, protección de datos y derechos humanos, lo afectan.

Es así que la ley de defensa de la competencia prohíbe cualquier conducta que restrinja, distorsione o elimine la competencia, siendo la consecuencia, que de este modo, pocos franquiciantes se vean afectados. No obstante, existe la British Franchise Association-BAF (Asociación Británica de Franquicias)¹⁴³ y la Franchise Consultants Association, que agrupa a los más importantes asesores de distintas disciplinas relacionadas con el franchising. Asimismo, el soporte financiero viene siendo apoyado por el National Westminster Bank (Banco Nacional de Westminster), que ha contribuido a la creación del Shool (Londres), que constituye

¹⁴³ Se trata de un voluntario de autorregulación del Consejo de Administración para la franquicia de negocios en el mercado británico

el primer centro de investigación a tiempo completo sobre el franchising en el mundo.

La pertenencia al British Franchise Association (en adelante BFA) no ofrece ninguna garantía en cuanto a la probabilidad de éxito comercial de cualquier franquicia. El BFA aconseja a todos los potenciales franquiciados para investigar a fondo las propuestas de franquicia antes de hacer compromisos¹⁴⁴.

La definición del BFA establece claramente en el Reino Unido el modelo más moderno de la franquicia como formato de negocio, que cumple con los criterios del Reglamento N° 4087/88 CE¹⁴⁵. Por supuesto, el documento BAF - no es un acto de derecho y no tiene unión de fuerza, aunque tiene una gran autoridad moral para los franquiciadores del Reino Unido¹⁴⁶.

Por otra parte, BAF tiene ciertos mecanismos para asegurar el cumplimiento de las partes en un acuerdo de franquicia con los requisitos contenidos en la definición de la franquicia, elaborado por el BAF. Esto se debe principalmente al procedimiento de recepción BAF de los nuevos miembros. En segundo lugar, obligación de obedecer el Código de Ética de la Europea Franchise Association, de los miembros del BAF. En tercer lugar, la presencia de mecanismos disciplinarios y de arbitraje propios de pre-BAF consideración y resolución de conflictos. En cuarto lugar, la aplicación de la Asociación de funciones de representación ante los órganos de todas las

¹⁴⁴ MIRANDA, Elizabeth. Asociación de Franquicias Reino Unido. [en línea]. <http://spanish.wsicorporate.com/article/Asociaci_n_de_Franquicias_Reino_Unido> [consulta: 30 julio 2016]

¹⁴⁵ Actual Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE

¹⁴⁶ La regulación legal de las franquicias en el Reino Unido. [en línea] <<http://resumenes.eu/index.php?newsid=137177>> [consulta: 30 julio 2016]

ramas del poder en relación con intereses de los sujetos de franquicia, en el BAF. Asimismo los contratantes deberán tener en cuenta las normas que rigen la protección de datos, las cláusulas abusivas del mismo, la regulación del contrato de agencia, y las normas laborales ¹⁴⁷.

2.2.2. Países que regulan algunos aspectos de la franquicia

Por otro lado, en ciertos países sí existe una regulación bastante práctica del contrato de franquicia y que, curiosamente, son lugares donde dicha figura contractual ha logrado desarrollarse de manera exponencial. Un claro ejemplo de lo que señalamos lo constituyen las regulaciones en Brasil, México, España, entre otros.

2.2.2.1. Brasil

En Brasil, la Franquicia comenzó en 1960 con la escuela de idiomas Yázigi y, en la década siguiente, con la instalación de la primera tienda Mc Donald's en el país. En 1992, el mercado de franquicias fue abierto a la competición internacional y, en 1994, fue promulgada una legislación específica para el sector que pasó a regir las relaciones entre franquiciados y franquiciadores. Durante la década del noventa, el sector alcanzó tasas de crecimiento impresionantes y ocupó la tercera posición en el ranking mundial de franquicias¹⁴⁸.

Esta legislación fue la Ley N° 8.955/94 que junto al Código de Ética regulan y establecen los requerimientos necesarios para el normal desarrollo de las franquicias. La Ley Brasileira de Franquicias cuenta de once (11) artículos, definiendo en su artículo 2° la denominada franquicia empresarial, dispone

¹⁴⁷ ídem

¹⁴⁸ MOREJÓN GRILLO, Ailed. Op. Cit, 56.

en su artículo 3° la obligatoriedad de entregar al franquiciado una Circular de Oferta de Franquicia que debe contener por escrito lo siguiente: razón social del franquiciador, balances y demostraciones financieras de la empresa franquiciante, informaciones en cuanto a las tasas periódicas a ser pagadas por el franquiciado al franquiciador, con un mínimo de 10 días de antelación a la firma del contrato o precontrato, y regula las formalidades para la legalización del contrato¹⁴⁹.

Asimismo establece que, el contrato de franquicia debe ser firmado ante dos testigos y su validez no depende de un registro ulterior. Los contratos firmados en el extranjero deben ser registrados en Brasil, a efectos de su publicidad frente a terceros¹⁵⁰.

Es interesante destacar que la falta de entrega de la información correspondiente al franquiciatario, o su falsedad, provocan la nulidad de la relación, con la consiguiente obligación del franquiciante de devolver al franquiciatario las sumas ya pagadas por éste con interés a una tasa módica¹⁵¹.

Ahondando un poco más en el artículo 3° de la Ley 8.995 destacan las siguientes previsiones¹⁵²:

- Antecedentes del franquiciante, denominación y forma social del éste y de todas las empresas que estén vinculadas con él.
- Resultados financieros y balance de los dos últimos ejercicios del franquiciante.

¹⁴⁹ Ídem

¹⁵⁰ Perspectiva Global de las franquicias en el Derecho Comparado. [en línea]. México. <http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/de_l_a/capitulo5.pdf>. [consulta: 30 julio 2016]

¹⁵¹ Ídem

¹⁵² Ídem

- Indicación de los juicios que mantiene el franquiciante, sus empresas controladas y titulares de marcas relativas a la operación de la franquicia.
- Detalle de las inversiones destinadas a la implementación del sistema. Monto de los derechos de ingreso, monto de las instalaciones en mercaderías, otras inversiones y pagos a la fecha de entrada en operación de la franquicia.
- Detalle de las regalías periódicas o por servicios o alquileres de los equipos.
- Indicación del territorio o zona geográfica de actuación del franquiciatario.
- Situación del franquiciatario después de la terminación del contrato.

Es interesante destacar que la ley brasileña ha estado en vigor desde el año 1994, y se ha propiciado su reforma por una comisión ad hoc que sugirió cambiar ciertas reglas, que se muestran a continuación¹⁵³:

- Destacar la inexistencia de una relación de empleo entre el franquiciante y el franquiciatario.
- Requisito de al menos dos años de experiencia en la franquicia para evitar la venta de negocios no probados.
- Ampliación de la red de franquiciatarios que cubra los 24 meses anteriores a la oferta de franquicia.
- El Código Fiscal brasileño prevé que las sumas que excedan el 1% por regalías no son deducibles. La norma propone que la totalidad del pago sea deducible.

Todo ello ha permitido que el sector de franquicias en Brasil, crezca con un promedio de nueve por ciento anual desde 1995. Muy por encima de la economía del gigante sudamericano, cuyo Producto Interno Bruto fue de 1.5 por

¹⁵³ Ídem

ciento en 2001, cifra que demuestra la consolidación de Brasil como tercera potencia mundial en franquicias, sólo detrás de Estados Unidos y Japón.

Asimismo, hace más de 24 años la Asociación Brasileña de Franquicias (en adelante ABF) es una entidad sin fines lucrativos, creada para difundir y defender el desarrollo técnico e institucional del modelo de negocios bautizado como franquicias. La entidad, que actualmente tiene 915 asociados, reúne todas las partes envueltas en el sistema – franquiciadores, franquiciados, consultores y proveedores de servicios– para garantizar y disseminar la práctica del buen franchising en Brasil.

Actualmente, el Brasil cuenta con 1.855 marcas y 87 mil unidades, responsables por aproximadamente 780.000 puestos de trabajo directos y 3.120.000 indirectos. De las empresas que operan en el país, 93% son genuinamente brasileñas, siendo que de las 20 más grandes en número de unidades, apenas cinco son extranjeras. Hoy, 79 marcas brasileñas ya tienen operaciones en el exterior, en todos los continentes¹⁵⁴.

Brasil es uno de los pocos países con una ley específica de franchising, que hace más de 20 años rige las relaciones entre franquiciados y franquiciadores, trayendo reglas de transparencia en la oferta de negocios. De esta manera Brasil se proyecta como el primer país de América Latina, y uno de los pocos que a nivel mundial cuentan con una legislación específica en materia de Franquicia, lo que, sin lugar a dudas otorga mayor seguridad a los empresarios que pretenden desarrollar su negocio bajo ese formato.

¹⁵⁴ Asociación Brasileña de Franquicias. Franchising Brasil. [en línea]. <<http://www.franchisingbrasil.com/institucional/abf/?lang=es>>. [consulta: 30 julio 2016]

2.2.2.2. Argentina

Este país, ha adoptado una serie de medidas económicas para lograr su desarrollo, tales como una efectiva política fiscal y monetaria, libertad cambiaria, abolición de controles de precios, desregulación de amplios sectores de la vida económica, privatización de empresas deficitarias del estado, entre otras. Este conjunto de medidas ha creado las condiciones económicas para atraer la inversión extranjera, garantizando estabilidad política y económica logrando que el franchising se incorpore a la vida diaria de ese país¹⁵⁵.

Sin embargo, conviene recordar que el contrato de franchising, hasta fines de los años 80, tuvo escasa penetración. Como pioneras se puede mencionar a las heladerías massera y las cadenas de fast food pumper nic, aun cuando ni siquiera utilizaban la denominación franquicia¹⁵⁶.

Entre las franquicias internacionales que están operando en ese país tenemos: Pizza hut, Hertz, Avis, National; Holiday Inn; Hyatt Circl K; Exxon; Bata; Adidas, Mc Donald's, Burger King, Benetton; entre otras¹⁵⁷.

Es así que, una de las novedades que se han presentado con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 1 de agosto del 2015 es que por primera vez se da la regulación del Contrato de Franquicia Comercial, paso importantísimo hacia la profesionalización del sistema de

¹⁵⁵ PISCO DE FIGUEIREDO, Jorge Luis. Responsabilidad del franquiciante ante el personal del franquiciado a la luz del art. 30 LCT. [en línea]. Argentina. Universidad de Belgrano. <<http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/2515>> [consulta: 30 julio 2016]

¹⁵⁶ ídem

¹⁵⁷ ídem

franquicias comerciales ratificando su concepción de que la franquicia es un sistema previsible para el futuro franquiciado y ventajoso para el franquiciante que no tiene responsabilidad laboral ni comercial¹⁵⁸.

El hecho de que por primera vez el contrato de franquicia comercial esté regulado genera nuevos derechos y obligaciones para ambas partes (empresas franquiciantes y candidatos a franquiciar o inversores franquiciados existentes o interesados en invertir en franquicias maestras o acuerdos de desarrollo), que protegen a todos los involucrados¹⁵⁹.

Entre las ventajas más importantes que el contrato incorpora para el inversor que se suma a una marca como franquiciado puede destacarse, en primer término, el establecimiento de un contrato mínimo inicial de 4 y 5 años para los acuerdos de desarrollo; durante dicho plazo sólo se puede cancelar el contrato cuando el inversor asociado incumpliere la ley o algunas pautas importantes del contrato¹⁶⁰.

Por otra parte, es la incorporación del “Sistema probado”, el cual ofrece al inversor o candidato a la franquicia información objetiva y contrastada sobre los resultados económicos y financieros del negocio que se ofrece, al sumarse a la marca franquiciante: cada empresa que decida explotar el sistema de franquicias deberá primero acreditar los resultados de al menos dos ejercicios (2 años) de dos puntos de venta propios o ya franquiciados a terceros. Esto significa que, ninguna empresa puede salir a vender franquicias y testear la respuesta del mercado a merced de la inversión de sus

¹⁵⁸ MARZORATI, Oswaldo. Ley de Franquicias comerciales: un marco legal para asegurar el modelo de negocios probado. [en línea]. Argentina. Asociación Argentina de Marcas y Franquicias. <<http://www.aamf.com.ar/noticias/ley-set15.html>> [consulta: 30 julio 2016]

¹⁵⁹ Ídem

¹⁶⁰ Ídem

franquiciados, sino que debe informar cuál ha sido el resultado de negocios propios del modelo de franquicia que ofrece (probado por el mismo franquiciante o por terceros franquiciados, según sea el caso), poniendo a su disposición la información correspondiente¹⁶¹.

Es así que, el nuevo Código Civil y de Comercio de la Nación Argentina aprobado a través de la Ley 26.994 en su Título IV de Contratos Particulares del Libro Tercero de Derechos Personales, ha regulado el contrato de Franquicia en el Capítulo 19, especificando dentro de sus artículos el concepto y definiciones del contrato, las obligaciones de las partes, pero entre lo más importante tenemos las cláusulas que debe tener en cuenta en el contrato y las responsabilidades de las partes.

2.2.2.3. México

En México bajo la derogada “Ley sobre el Control y Registro de la Transferencia de Tecnología y el Uso y Explotación de Patentes y Marcas”, se establecía la participación estatal en la celebración de los contratos de Franquicia, lo cual convertía al Estado en un verdadero negociador de franquicias, con la posibilidad de incluir en el contrato, cláusulas no deseadas por las partes contratantes. Asimismo, dicha ley establecía que en el acuerdo de franquicia ocurría una cesión de la tecnología, objeto del contrato y no su simple licenciamiento, como realmente sucede en el mismo¹⁶².

Como consecuencia del auge que esa figura fue tomando en el país, se planteó en 1990 la necesidad de estructurar un marco jurídico adecuado y según Juan Manuel Galléstegui,

¹⁶¹ Ídem

¹⁶² MOREJÓN GRILLO, Ailed. Op.cit., 51

“habían dos alternativas: sobreregularlo o crear una legislación mínima que, lejos de inhibir el crecimiento de la industria, la fortaleciera y promoviera. Fue así como nació una “legislación light” que, sin perder de vista los puntos básicos, otorgó seguridad jurídica a las partes y contribuyó al crecimiento y fortalecimiento de las franquicias en México”¹⁶³.

Esta legislación está compuesta por sólo dos artículos. El primero, regulado en el artículo 142°, de la Ley de Propiedad Industrial en la que dispone¹⁶⁴:

- Definición de la Franquicia.

Existirá Franquicia cuando con la licencia de uso de una marca, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede, pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

- Obligación por parte del franquiciante de entregar a los futuros franquiciatarios—previamente a la celebración del contrato—la información básica sobre la misma en un documento denominado Circular de Oferta de Franquicia (en adelante **COF**).
- Obligación del franquiciante y del franquiciatario de inscribir el contrato de franquicia ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) a efecto de que esta autoridad registre la o las licencias de uso de marca que contiene un contrato de franquicia. Esto resulta

¹⁶³ Ídem

¹⁶⁴ Ídem

fundamental en las acciones contra usos indebidos en las marcas.

El segundo, dispuesto en el artículo 65° del Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial, que define con exactitud el contenido de la COF. La entrega de este documento es uno de los elementos que han contribuido a consolidar el sector de las franquicias en México. El franquiciante debe entregar la COF con absoluta veracidad y teniendo en cuenta que a través de él, su empresa se vuelve una compañía pública¹⁶⁵.

La reglamentación de la ley exige como obligación precontractual manifestar o declarar al tomador de la franquicia cierta información sobre el contenido del negocio. Asimismo, la legislación dispone el registro del contrato de franquicia como condición de validez del acuerdo frente a terceros¹⁶⁶.

Este registro se efectúa en el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y debe tener lugar después de celebrar el contrato. Debe declararse cierta información y acompañarse una copia certificada del contrato, aunque ciertas disposiciones permiten eliminar del registro la información sobre el monto de la regalía o información técnica o confidencial. El especialista en franchising GONZALEZ CALVILLO afirma que, la razón para “tachar” esa información relevante es evitar que la competencia conozca exactamente las condiciones del negocio. Esto es, sin duda, una conclusión sorprendente respecto de una exigencia ante un

¹⁶⁵ Ídem

¹⁶⁶ GONZALEZ MULETT, Ruth. Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia. [en línea]. Colombia. Universidad Pontificia Javeriana <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis41.pdf>> [Consulta: 30 julio 2016]

registro público, en particular, si consideramos que el registro es condición para la validez del acto frente a terceros, quienes conocerán la existencia del convenio pero no su contenido exacto¹⁶⁷.

Algo que es digno de resaltar en México es el apoyo decidido que se ha logrado del gobierno, quien ha asumido en los últimos años un papel activo en la difusión y consolidación del sistema de franquicias. Muestra concreta de esto es el Programa Nacional de Franquicias, dirigido a cumplir con dos objetivos concretos: Conversión de empresas a franquicias, donde el Estado a través de su secretaría de economía financia el 50% del costo de la consultoría necesaria para convertir el negocio, y financiamiento para la adquisición de franquicias, el gobierno a través del programa financia el 50% del costo del derecho de entrada para la adquisición de nuevas franquicias. Este programa cuenta con la colaboración de la Asociación Mexicana de Franquicias, entidad civil que agrupa y promueve los intereses de las principales empresas franquiciantes de México¹⁶⁸.

En los últimos tiempos la Asociación Mexicana de Franquicias ha desarrollado una fuerte actividad encaminada a promover, mediante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial algunas reformas a la legislación existente en materia de Franquicias. Estas reformas se refieren básicamente a lo siguiente: definir el contenido mínimo de los contratos de Franquicia, agregar algunos elementos al contenido de la COF, como establecer plazos en la entrega de la COF y penalidades en caso de que no se cumplan, y proteger la imagen de los negocios que

¹⁶⁷ Ídem

¹⁶⁸ Ídem

integren una red de establecimientos franquiciados (lo que en Estados Unidos se conoce como Trade Dress)¹⁶⁹.

Además, existen otras regulaciones que de manera indirecta tratan a esta figura jurídica como la Ley de Competencia Económica, la que establece la prohibición de los monopolios y las prácticas que disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, distribución y comercialización de bienes y/o servicios; la Ley de Protección al Consumidor, que tiene por objeto promover o proteger los derechos de los consumidores y procurar la equidad y seguridad jurídica de las relaciones entre proveedores y consumidores (franquiciador y franquiciado)¹⁷⁰.

2.2.2.4. Venezuela.

Aun cuando el constituyente patrio de 1999 no estableció, taxativamente, un régimen aplicable a los contratos de franquicias, sabemos que existen y están vigentes una serie de normas, que regulan las relaciones, en la cual nace -en razón de la suscripción del contrato, celebrado entre el franquiciador y el franquiciado, y de éstos frente a terceros; en este sentido, el artículo 112° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: "Que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad comercial de su preferencia".

Es así que, en Venezuela fue necesario arribar a ciertos elementos de especialidad, es así que el primer reconocimiento jurídico que se conoce en este país respecto al contrato de Franquicia, lo constituye una resolución emitida

¹⁶⁹ MOREJÓN GRILLO, Ailed. Op.cit., 53

¹⁷⁰ Ídem

en el año 2000 por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia), relativa a los “Lineamientos de Evaluación de los Contratos de Franquicia”, en el que se define su concepto y se expone la reflexión oficial acerca de los límites permitidos en esta materia. Este reconocimiento, hecho desde y para la aplicación de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, constituye un punto de partida para el entendimiento de las múltiples obligaciones que surgen entre las partes y un paso importante en la regulación de este contrato¹⁷¹.

El contrato de franquicia se inscribirá ante el Instituto Venezolano de la Propiedad Intelectual, no podrá contener cláusulas restrictivas del comercio y cumplir con lo dispuesto en el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías¹⁷².

2.2.2.5. España

España es el cuarto país en el mundo en el desarrollo de la franquicia y en estos 10 últimos años se ha preocupado no solo por tener un gran número de franquicias sino también en aumentar el nivel de facturación a esta clase de negocio.

En España, al contrario que en la normatividad comunitaria, posee una regulación más específica entorno a la actividad comercial en régimen de franquicia.

La definición de franquicia la encontramos en el artículo 62° de la Ley 7 de 1996, Ley de Ordenación de Comercio Minorista (modificada por la **Ley 1/2010**, de 1 de marzo del 2010), en donde se creó así el registro de franquiciantes el

¹⁷¹ MOREJÓN GRILLO, Ailed. Op.cit., 49

¹⁷² Ídem

cual tiene fines de publicidad y todas las personas jurídicas o físicas que desarrollen la actividad de franquiciantes en España deben inscribirse en él¹⁷³.

El apartado 2 de este artículo preceptúa que las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores deben comunicar sus datos en el plazo de 3 meses desde el inicio de su actividad y a los solos efectos informativos del Registro que puedan establecer las Administraciones competentes, y que deberá estar coordinado con el Registro estatal¹⁷⁴.

Por su parte, el apartado 3 de este artículo, determina la información que el franquiciador deberá entregar al futuro franquiciado para que pueda decidir, libremente y con conocimiento de causa, su incorporación a la red de franquicia. Asimismo, este apartado señala que reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias¹⁷⁵.

En 1998 se reglamentó la Ley 7 de 1996, en lo relacionado a la cesión de la franquicia, se establecieron los elementos que debía involucrar una actividad comercial para ser considerada como franquicia tales como la marca o signo distintivo, el know how y la asistencia comercial permanente. Igualmente, se determinó qué contratos no son franquicia, tales como la concesión mercantil, la distribución comercial, los contratos

¹⁷³ MARTINEZ CASADO, Manuel. Franquicias: la regulación normativa en España. [en línea]. Derecho Mercantil, Económico y Empresa, Jurídico. 21 de diciembre 2011. <<http://queaprendemoshoy.com/franquicias-la-regulacion-normativa-en-espana/>> [Consulta: 30 julio 2016]

¹⁷⁴ Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero de 2010, Por el que se Regula el Ejercicio de la actividad Comercial en Régimen de Franquicia y la Comunicación de datos al Registro de Franquiciadores. [en línea]. <<http://www creacionempresas.com/franquicia/114-/577-real-decreto-4192006-de-7-de-abril>> [consulta: 30 julio 2016]

¹⁷⁵ Ídem

de licencia de marca y el contrato de transferencia de tecnología¹⁷⁶.

En la actualidad, en España el Real Decreto 1182/2008, del 11 de julio del 2008, se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, atribuye a la Dirección General de Política Comercial el registro, control y seguimiento de aquellas modalidades de comercialización de carácter especial de ámbito nacional y las competencias derivadas de la Ley 7/1996, de 15 de enero de 1996, de Ordenación del Comercio Minorista.

Hemos de señalar que, en España el Real Decreto 201/2010, del 26 de febrero del 2010, se expidió la norma por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

En este último Real Decreto se mejora la regulación del registro estatal creado en 1998 que garantiza la centralización de los datos relativos a los franquiciadores, a los efectos de información y publicidad; y, a este fin, se fijan las directrices técnicas y de coordinación entre los registros similares que pueden establecer las comunidades autónomas, bajo el principio de interoperabilidad de registros y ventanilla única previstos¹⁷⁷.

Según se extrae de dicho artículo, la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un contrato por el cual una empresa-el franquiciador, cede a otra- el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas,

¹⁷⁶ GONZALEZ MULETT, Ruth. Op cit. 44-45p.

¹⁷⁷ MARTINEZ CASADO, Manuel. Op cit.

el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos¹⁷⁸:

- El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.
- La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular.
- La prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.

En las normas jurídicas existentes, se define la obligatoriedad de inscripción en el Registro de Empresas Franquiciadoras, a todas las empresas que deseen desarrollar sus negocios bajo esta fórmula. Esto implica, que no se puede formalizar un contrato de franquicia, si el franquiciador no se encuentra inscrito en dicho registro¹⁷⁹.

Además, en los contactos previos entre el futuro franquiciado y el franquiciador, se define la obligatoriedad de presentar el dossier del franquiciador al franquiciado, previo a la firma de algún tipo de contrato o acuerdo. En este apartado se indica la información mínima con la cual el futuro franquiciado debe

¹⁷⁸ ídem

¹⁷⁹ ídem

contar para formalizar el contrato. Básicamente, este documento tiene que contener como mínimo¹⁸⁰:

- Identificación y datos del franquiciador.
- Acreditación de tener concedido para España, y en vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora
- Descripción del sector de actividad del negocio de franquicia.
- Contenido y características de la franquicia y su explotación.
- Experiencia de la empresa franquiciadora
- Estructura, extensión de la red y elementos esenciales del contrato de franquicia.

A grandes rasgos, los temas más importantes y que adquieren mayor relevancia en el estudio del marco legal de la franquicia en España son¹⁸¹:

- Actividad comercial en régimen de franquicia.
- Información precontractual al potencial franquiciado.
- Deber de confidencialidad del franquiciado.
- Constitución del Registro
- Funciones del Registro.
- Documentación necesaria para obtener la inscripción en el Registro de Franquiciadores
- Obligaciones de los franquiciadores inscritos en el Registro
- Informatización del Registro.
- Coordinación con otros Registros autonómicos.

¹⁸⁰ ídem

¹⁸¹ ídem

Asimismo, la Asociación Española de Franquiciadores¹⁸² reúne a aquellos franquiciadores que desarrollan actividades en España, comprometidos con los principios éticos del sistema de franquicias y que, por ello, se comprometen a cumplir con las normas del Código Deontológico Europeo de la Franquicia. Actualmente, la facturación de los miembros asociados representa el 72% del volumen de negocio del mercado nacional y también pueden ser miembros colaboradores aquellas empresas o profesionales relacionadas con el sistema de franquicias a través de la aportación de diversos servicios.

2.2.2.6. Rusia

Este país transcontinental contempla el contrato de franquicia a partir de la reforma de la segunda parte de su código civil. El Código Civil de la Federación Rusa regula el contrato de franquicia (que se denomina concesión comercial), a diferencia de otros ordenamientos occidentales donde esta figura carece de normativa específica.

Las principales características de las franquicias son¹⁸³:

- El contrato debe ser inscrito por duplicado en el registro local del franquiciante (o del franquiciado, si el primero es extranjero) y en Rospatent, la agencia rusa de patentes y marcas.
- La forma de retribución del franquiciante al franquiciado podrá ser mediante pagos fijos o periódicos, cuando lo normal es que sea de los dos tipos.

¹⁸² ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES (A.E.F.). [en línea] <<http://www.franquiciadores.com/que-es-la-aef/quienes-somos/>> [Consulta: 30 julio 2016]

¹⁸³ Guía para exportar a Rusia. [en línea]. Colombia <http://aeue.weebly.com/uploads/3/8/8/5/3885199/guia_para_exportar_a_rusia.pdf> [Consulta: 30 julio 2016]

- El franquiciante tiene la obligación de velar por la calidad de los productos y servicios distribuidos por el franquiciado, lo que viola la independencia de éste y le supone una carga excesiva. Esta situación obliga al franquiciante a tener una infraestructura importante en Rusia, que es lo que la franquicia trata de evitar.
- El franquiciante es responsable subsidiario frente al consumidor por las reclamaciones de responsabilidad civil referentes al producto o servicio distribuido. Esta exigencia implica una mayor protección al consumidor pero al mismo tiempo un aumento de las responsabilidades eventuales de la empresa franquiciante.
- Al término del contrato, el franquiciado puede imponer al franquiciante un nuevo contrato en las mismas condiciones que el anterior. El pacto en contrario es nulo. El franquiciante sólo puede negarse a firmar un nuevo contrato si en el plazo de tres años no concluye ningún acuerdo de franquicia en el mismo ámbito geográfico de actuación que el anterior franquiciado.
- Los cambios en las cláusulas del contrato sólo tendrán efectos frente a terceros, a partir de la fecha de inscripción en el Registro, salvo que demuestren que el tercero conocía o debía conocer esas cláusulas. Este control tan exhaustivo no es común en otros ordenamientos.
- En caso de que no se establezca plazo, el contrato puede ser rescindido por cualquiera de las partes mediando un plazo de preaviso de seis meses.
- Si se produce un cambio de denominación del franquiciante o de la franquicia, el franquiciado puede optar entre rescindir el contrato o continuar con el mismo, teniendo en este caso derecho a una rebaja razonable del canon. Una vez más, se trata de una cláusula de

protección del franquiciado que, en este caso, se justifica por las inversiones que haya podido hacer basándose en el nombre anterior de la franquicia.

Asimismo, se prevén una serie de obligaciones del franquiciante¹⁸⁴:

- Transferir documentación técnica y comercial e instruir al franquiciado y a sus empleados sobre temas vinculados al contrato;
- Asistencia técnica, consultoría y supervisión de los productos y servicios prestados.

2.2.2.7. Canadá

Si bien Canadá no tiene una legislación federal integral, existen varios estatutos federales de aplicación general que pueden afectar las relaciones de la franquicia. De importancia significativa son las siguientes leyes: la Ley de la Competencia, la Ley de Marcas Comerciales, la Ley de Inversiones de Canadá y la Ley del Impuesto sobre la Renta. Dichas leyes, rigen, respectivamente, los asuntos relacionados a la competencia y las prácticas comerciales, el registro y protección de las marcas comerciales, y las normas de inversión e impositivas a las que están sujetos los franquiciantes con sede en el extranjero¹⁸⁵.

De acuerdo a la Guía de Mercado de Canadá¹⁸⁶ las oportunidades comerciales en la línea de franquicias se han

¹⁸⁴ Ídem

¹⁸⁵ BORDEN LADNER GERVAIS BLG. Actividades Comerciales en Canadá. Introducción a los aspectos legales relacionados con invertir y establecer un negocio en Canadá. [en línea] <https://www.blg.com/en/NewsAndPublications/Documents/Actividades_comerciales_en_Canada.pdf> [Consulta: 30 julio 2016]

¹⁸⁶ SERVICIOS AL EXPORTADOR. Guía de Mercado Canadá Sector Servicios. [en línea]. Perú. Prom Perú. <<http://www.sicex.gob.pe/sicex/resources/sectoresproductivos/GM%20servicios%20-%20Canad%C3%A1%202013.pdf>>. [Consulta: 30 julio 2016]

convertido en uno de los paraísos. La franquicia en Canadá cuenta con el apoyo de Canadian Franchise Association, (Asociación canadiense de la franquicia, CFA), que representa más de 400 redes. Su objetivo es promover y dar un impulso a una franquicia ética en Canadá. Por otro lado, en caso de que surjan controversias entre el franquiciador y los franquiciados, los implicados pueden dirigirse al Ombudsman, un organismo independiente y neutral que provee de consejos y ayuda.

Este organismo, promovido por la CFA y fundado gracias a las donaciones de la Comunidad de la Franquicia, ofrece servicios gratuitos.

Es posible que también se apliquen determinados tipos de legislación provincial de aplicación general, como las leyes relacionadas con los permisos de venta de bebidas alcohólicas, estándares de empleo, arrendamientos comerciales y seguridad de la propiedad personal¹⁸⁷.

Sin embargo, en las provincias de Alberta, Manitoba, Ontario, la Isla del Príncipe Eduardo y Nuevo Brunswick han promulgado una legislación específica que regula las relaciones de la franquicia, según se analiza a continuación. El Código Civil de Quebec y la Carta de la Lengua Francesa (Charter of the French Language), también merecen la atención de cualquier franquiciante que considere su expansión en la Provincia de Quebec¹⁸⁸.

¹⁸⁷ *idem*

¹⁸⁸ *idem*

2.2.2.7.1. Alberta

El objetivo declarado de la Ley de Franquicias (Franchises Act), de Alberta es asistir a los franquiciados potenciales a tomar decisiones de inversión informadas para promover tratos justos en las relaciones de franquicia, y proporcionar remedios civiles a los incumplimientos de la legislación.

Las características importantes de este estatuto incluyen: el requisito de que los franquiciantes entreguen a los franquiciados potenciales un documento de divulgación al menos 14 días antes de que se efectúe cualquier pago o se firme cualquier acuerdo relacionado con la franquicia; la imposición de un deber de trato justo para cada parte del contrato de franquicia; un derecho de acción para el franquiciado por cualquier pérdida que surja de declaraciones falsas contenidas en el documento de divulgación, y el derecho del franquiciado a rescindir el contrato de franquicia en el caso de que el franquiciante no haya proporcionado el documento de divulgación obligatorio.

El término “franquicia” se define en forma general en la Ley de Franquicias de Alberta. El pago de un canon de franquicia no es un componente esencial de la definición siempre que exista una obligación financiera continua hacia el franquiciante por parte del franquiciado y un control continuo significativo por parte del franquiciante sobre la operación del negocio franquiciado. Como consecuencia, las relaciones que se asemejan a la distribución deben examinarse cuidadosamente para determinar si recaen en el alcance de la Ley de Franquicias de Alberta.

También vale la pena destacar que la Ley de Franquicias de Alberta se aplica a la venta de una franquicia sólo si el franquiciado es un residente de Alberta o tiene un establecimiento permanente en Alberta para los efectos de la Ley de Impuestos sobre las Sociedades (Corporate Tax Act).

2.2.2.7.2. Ontario

La Ley Arthur Wishart (Franchise Disclosure) de Ontario, promulgada en el año 2000, es similar a su contraparte de Alberta, pero difiere en varios aspectos importantes. En primer lugar, su aplicación no se limita a los franquiciados potenciales que residen o tienen un establecimiento permanente en Ontario, sino que se extiende a cualquier franquicia a ser operada parcial o completamente en Ontario.

En segundo lugar, se requieren más detalles en el contenido del documento de divulgación obligatorio. El documento debe incluir: advertencias en cuanto a que los franquiciados potenciales deberían obtener asesoramiento independiente y contactar a franquiciados actuales o pasados antes de celebrar el contrato; amplia información sobre los directores, socios generales y funcionarios de la sociedad franquiciante, así como una descripción de cada licencia, registro, autorización u otro permiso que se le exigirá obtener al franquiciado para operar la franquicia

2.2.2.7.3. Isla del Príncipe Eduardo, Nuevo Brunswick y Manitoba

La Ley de Franquicias (Franchises Act) de la Isla del Príncipe Eduardo entró en vigencia el 10 de enero de 2007. La Ley de Franquicias Franchises Act de Nuevo Brunswick entró en vigencia el 1 de febrero de 2011, y la ley de franquicias de Manitoba The Franchises Act entró en vigor el 1 de octubre de 2012.

En la mayoría de los aspectos, la legislación de franquicias en la Isla del Príncipe Eduardo, Nuevo Brunswick y Manitoba es similar a la ley Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure), 2000 de Ontario, en que contiene requisitos para que el franquiciante proporcione un documento de divulgación a un franquiciado potencial; otorga un derecho de rescisión si no se proporciona el documento de divulgación; exige la buena fe y el trato justo entre un franquiciante y un franquiciado y protege los derechos de asociación del franquiciado. La información que un franquiciante debe incluir en el documento de divulgación respecto de una franquicia en la Isla del Príncipe Eduardo, Nuevo Brunswick o Manitoba se detalla en las Reglamentaciones de la Ley de Franquicias de cada provincia. La información que debe incluirse en un documento de divulgación en la Isla del Príncipe Eduardo, Nuevo Brunswick o Manitoba es muy similar, pero no idéntica, a la que debe incluirse en un documento de divulgación en Ontario.

2.2.2.7.4. Quebec

La mayoría de los contratos de franquicia calificarán como “contratos de adhesión” conforme al Código Civil de Quebec, ya que están redactados por o en representación de una de las partes (el franquiciante) y los términos no son negociables por la otra parte (el franquiciado). En virtud del Código Civil, un contrato de adhesión debe redactarse en un lenguaje claro y comprensible. No puede hacerse referencia a disposiciones en otros contratos a menos que expresamente se llame la atención del franquiciado sobre tales disposiciones.

Las disposiciones abusivas o excesivamente onerosas pueden encontrarse nulas o de lo contrario pueden disminuir en su efecto. El contrato en su conjunto será interpretado en favor del franquiciado. La Carta de la Lengua Francesa también tiene aplicación a las franquicias ya que impone el francés como idioma del comercio y negocios en la provincia de Quebec.

2.2.2.8. China

Entre los cambios recientes en la Normativa de Franquicias de la República Popular China tenemos¹⁸⁹:

En 2007, el Consejo de Estado de la República Popular China (en adelante RPC) publicó la Regulation on the Administration of Commercial Franchises (la “Regulación de Franquicias”)

¹⁸⁹ J&A GARRIGUES S.L.P. Cambios recientes en la normativa de franquicias de la República Popular China. [en línea]. News e-mail. Julio 2012. <<http://blog.bancosabadell.com/files/lanormativadefranquiciaenchina.pdf>> [consulta: 30 julio 2016]

para establecer una norma básica que regulase el sector de las franquicias en la RPC. Posteriormente se han emitido otras normas más específicas relacionadas con el registro y publicidad de franquicias, como las Administrative Measures on Filing of Commercial Franchise de 2007 y las Administrative Rules on Disclosure of Commercial Franchise Information de 2007.

A finales de 2010 se habían registrado más de 4.500 franquiciadores, lo que convierte a China en el primer país del mundo por número de franquicias. Debido al rápido crecimiento de las franquicias comerciales y con el objeto de optimizar la supervisión sobre el desarrollo de las franquicias en China, el Ministerio de Comercio (en adelante MOFCOM) ha publicado una revisión de las Administrative Measures on Filing of Commercial Franchise (las “Nuevas Medidas sobre Registro”) y de las Administrative Rules on Disclosure of Commercial Franchise Information (las “Nuevas Normas sobre Revelación de Información”). Estas normas revisadas entraron en vigor el 1 de febrero de 2012 y el 1 de abril de 2012, respectivamente.

La revisión de la normativa no conlleva cambios significativos en el actual régimen de franquicias, si bien sí detalla y actualiza cuestiones relacionadas con el registro y la publicidad de información de las franquicias, de acuerdo con los principios que se establecieron en las Guiding Opinions of the Ministry of Commerce on Further Promoting the Healthy Development of Franchising during the 12th Five-Year Plan, publicadas en enero de 2012.

El gobierno chino se está esforzando en crear un ambiente favorable para el mercado de las franquicias comerciales, especialmente las de inversión extranjera. De hecho, en la

última actualización del Guideline Catalogue of Industries for Foreign Investment (el “Catálogo de Inversiones”), efectiva desde el 30 de enero de 2012, las actividades comerciales mediante franquicias pasaron de la categoría de restringidas a la de permitidas

De acuerdo con la Regulación de Franquicias, el franquiciador debe registrarse ante el MOFCOM en un plazo de 15 días tras la firma del primer contrato de franquicia.

Las Nuevas Medidas sobre Registro han introducido algunos cambios al respecto:

- Provisiones sobre la delegación de autoridad por el MOFCOM

Mediante una circular de abril de 2009, el MOFCOM delegó en sus sedes provinciales las competencias referentes al registro de franquicias interprovinciales por sociedades domésticas o entidades de capital extranjero (“FIE”). En cambio, el MOFCOM de nivel estatal sigue encargado de los registros realizados por franquiciadores extranjeros.

Las Nuevas Medidas sobre Registro confirman dicho reparto de competencias, a la vez que prohíben a las autoridades provinciales delegar dichas funciones de registro a instituciones locales o a individuos, con lo que claramente se pretende impedir ciertas prácticas locales por las que se delegan facultades a entidades o personas no cualificadas.

No obstante, las Nuevas Medidas sobre Registro permiten que el MOFCOM, a nivel estatal, se encargue del registro de franquicias de FIEs o empresas

domésticas, en aquellos casos que la autoridad provincial no pueda cumplir con sus obligaciones de registro.

- Documentos que deben presentar las FIE franquiciadoras
Con anterioridad a las Nuevas Medidas sobre Registro, no estaba claro si era necesario ampliar el objeto social de una FIE ya constituida para incluir las actividades de franquicia antes de registrarse.

Las Nuevas Medidas sobre Registro uniformizan las prácticas de las diferentes autoridades locales y establecen claramente que si una FIE tiene la intención de registrar una franquicia, su objeto social deberá incluir “llevar a cabo actividades de negocio mediante franquicia”. Como consecuencia, y para obtener este objeto social, una FIE existente tiene que haber operado directamente dos establecimientos por un plazo superior a un año. Por lo tanto, para poder desarrollar su negocio mediante franquicias, una FIE recién constituida, primero deberá establecer y explotar dichos establecimientos por más de un año, posteriormente deberá incluir la franquicia en su objeto social, y finalmente deberá proceder a su registro.

En este sentido, el requisito temporal se convierte en un factor a tener en cuenta si el inversor extranjero pretende establecer su franquicia a través de una filial china en lugar de mediante su empresa matriz en el extranjero.

De acuerdo con la Regulación de Franquicias, el franquiciador debe proporcionar al franquiciado la información requerida al menos treinta días antes de la firma del contrato de franquicia.

En este sentido, los principales cambios que introducen las Nuevas Normas sobre Revelación de Información son los siguientes:

- Excepción a la obligación de revelación de información
El franquiciador está exento de la obligación de revelar información en caso de renovación del acuerdo de franquicia sin modificación de las condiciones

- Confidencialidad

El franquiciado está obligado a no hacer pública la información confidencial del franquiciador (p.ej. know-how), tanto durante el proceso de negociación del contrato de franquicia, como tras la terminación de éste, incluso en ausencia de acuerdo de confidencialidad entre las partes. El franquiciado será responsable de los daños ocasionados por la publicación o mal uso de la información del franquiciador.

- Algunos requisitos sobre la información que debe revelarse

En caso de quiebra o solicitud de concurso de acreedores por el franquiciador o sus afiliados, la información se revelará pasados dos años, en lugar de los cinco que establecía la antigua normativa.

Se revelará cualquier liquidación o arbitraje que afecte al franquiciador relacionada con la franquicia durante los últimos cinco años. Con anterioridad a las Nuevas Reglas sobre Revelación de Información, esta obligación solo afectaba a las liquidaciones o arbitrajes con un valor igual o superior a 500.000 yuanes.

2.2.2.9. Italia

El sistema comercial de franquicia se encuentra legislado en Italia por la Ley N° 129 aprobada el 6 de mayo de 2004, sobre “Normas para el desarrollo de la afiliación comercial”, publicada en el Boletín Oficial N° 120 el 24 de mayo de 2004¹⁹⁰.

En el artículo 1.1 de dicha ley se describe que: “La afiliación comercial (franquicia) es el contrato, realizado comúnmente entre dos sujetos jurídicos, económicamente y jurídicamente independientes, en base al cual una parte concede la disponibilidad a la otra, a cambio de una retribución, de un conjunto de propiedades industriales e intelectuales relativas a marcas, know-how, patentes, asistencia o consultoría técnica y comercial, entrando el afiliado en un sistema constituido por una variedad de afiliados distribuidos a través del territorio, con el fin de comercializar determinados bienes o servicios”¹⁹¹.

En esta ley también se define el ámbito de aplicación de la ley, la forma y el contenido de los contratos, las obligaciones del franquiciador y del franquiciado, las obligaciones precontractuales de comportamiento por parte de ambos sujetos, los aspectos relativos a la conciliación, así como a la anulación del contrato¹⁹².

¹⁹⁰ RAMIREZ HURTADO, José y QUATTROCIOCCI, Bernardino. El Sistemade franquicias en Italia una oportunidad de internacionalización para las enseññas españolas.[en línea] <http://www.mercasa.es/files/multimedios/pag_077-084_Italia.pdf> [consulta: 30 julio 2016]

¹⁹¹ ídem

¹⁹² ídem

Cabe destacar que, según esta ley, el franquiciador debe proporcionar al franquiciado, al menos 30 días antes de la firma del contrato, la siguiente información¹⁹³:

- Principales datos del franquiciador, entre los cuales tenemos la razón social y el capital social, y en caso de que el candidato lo solicite una copia del balance de los tres últimos años o bien desde la fecha en que inició su actividad, si es que hace menos de tres años.
- La indicación de las marcas que utiliza el franquiciador, con sus correspondientes registros.
- Una ilustración sintética de las características de la actividad.
- Un listado de los franquiciados y de los puntos de venta directos.
- La variación, año por año, del número de franquiciados en los últimos tres años o desde que comenzó su actividad, si ésta hace menos de tres años.
- La descripción sintética de los procedimientos judiciales o arbitrarios en los que ha estado implicado el franquiciador en los tres últimos años.

El Ministerio de la Actividad Productiva, según Decreto Nº 205 del 2 de septiembre de 2005, adoptó un reglamento para modificar el artículo 4 de la ley anterior, aplicable a aquellos franquiciadores que han operado exclusivamente fuera de Italia y desean entrar por primera vez en el mercado italiano¹⁹⁴.

Según este reglamento se solicita a los mismos alguna información para poder operar en Italia, como es, por ejemplo, facilitar al futuro franquiciado una lista de los establecimientos

¹⁹³ Ídem

¹⁹⁴ Ídem

franquiciados y de los puntos de venta directa que tiene, desagregados por países. Además de esta lista, el franquiciador deberá asimismo de facilitar los datos de localización y contacto de al menos veinte franquiciados, siempre y cuando lo requiera el futuro afiliado. En el caso en el que el número total de franquiciados sea inferior a veinte, el franquiciador estará obligado a dar los datos de localización y contacto de la lista completa¹⁹⁵.

Otras leyes importantes que están relacionadas con la franquicia en Italia son la Ley N° 173/2005, de 17 de septiembre de 2005, sobre la venta en forma de pirámide, así como el nuevo artículo 72 de la Ley sobre Quiebra¹⁹⁶. Dentro de la actividad franquiciadora hay que hacer mención especial al Código Deontológico Europeo. El Código Deontológico Europeo es un manual de buenas costumbres y buena conducta para los usuarios de la franquicia en Europa¹⁹⁷.

Asimismo, la Asociación Italiana del Franchising (AIF) posee un código deontológico propio en el que básicamente se recoge el espíritu del Código Deontológico Europeo, tratando de ser un manual de buenas costumbre y buena conducta para los usuarios que participan en el sistema italiano de la franquicia.

Un caso en particular, que tendremos en consideración, es el Tratado de la Comunidad Europea, en el cual todos los miembros adscritos a la misma, con la finalidad de estrechar las bases de una unión entre los pueblos europeos, firman el Tratado de la Comunidad Europea.

¹⁹⁵ Ídem

¹⁹⁶ Ley 03/2012

¹⁹⁷ Ídem

Documento que tiene misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria, y mediante la realización de las políticas o acciones comunes, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

Es así que en el Título VI del Capítulo 1 de la Sección Primera establece las disposiciones aplicables a las empresas, en los artículos que a continuación se especifican:

El Art. 81.1 del Tratado C.E. prohíbe los acuerdos, que establezcan (o tengan como resultado) las siguientes conductas:

- Fijación de precios.
- Limitación de la producción.
- Reparto de los mercados o fuentes de abastecimiento.
- Discriminación de terceros, que les suponga una desventaja competitiva.
- Imposición de prestaciones subordinadas a la principal.

El Art. 81.3 así mismo, exime de la aplicación de esta norma a determinados acuerdos, si se respeta la competencia en el mercado. Técnicamente, se llama una exención.

También se desarrolla en el reglamento del mencionado tratado la aplicación del apartado 3 del artículo 81 en donde se establece el ámbito de aplicación señalando que puede darse: 1) entre empresas que operen en planos distintos de la cadena de distribución; y 2) sobre las condiciones de compra, venta o reventa de bienes o servicios.

Además, señala los acuerdos contrarios a la competencia no exenta (prohibida):

- Son contrarias a la competencia y no están exentas las franquicias:
 - Cuando la cuota de mercado del franquiciador exceda del 30%.
 - Cuando contengan obligaciones de suministro exclusivo, y la cuota de mercado del franquiciado exceda del 30%.
- Son contrarios a la competencia los acuerdos que restrinjan:
 - La facultad del franquiciado de fijar el precio de venta. Se admiten los precios de venta máximos o recomendados por el franquiciador, siempre que no equivalgan a la imposición de precios fijos o mínimos.
 - El territorio en que el franquiciado pueda llevar a cabo su actividad. Sin embargo, se permiten los pactos que restrinjan las ventas:
 - - En el territorio o a clientes reservados al franquiciador o a otro franquiciado; pero sin limitar las ventas a los clientes del franquiciado.
 - - A usuarios finales, por un franquiciado que opera al por mayor.
 - - A distribuidores no autorizados, en un sistema de distribución selectiva.

- - De componentes a clientes, que los usarían para fabricar el mismo tipo de bienes que los del franquiciador.
- Las ventas a usuarios finales, por franquiciados que operen al por menor. Pero se admite, la prohibición de operar fuera del establecimiento.
- La venta de componentes, como piezas sueltas, a terceros, por el franquiciado, que incorpora esos componentes a otros bienes.
- Las cláusulas de no competencia son contrarias a la competencia cuando:
 - Su duración es indefinida, superior a 5 años, o tácitamente renovable. Pero, si el franquiciado realiza su actividad en un local del franquiciador, se permiten las cláusulas de no competencia, por un período superior a 5 años.
 - Prohíban al franquiciado, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios.
 - Se admite esta cláusula, si:
 - se refiere a los bienes y servicios objeto del contrato;
 - se limita al local, en que el franquiciado opera durante el período contractual;
 - es indispensable para proteger conocimientos técnicos transferidos;
 - y
 - su duración sea igual o inferior a un año.
 - También se admiten las cláusulas de duración ilimitada, si los conocimientos

técnicos usados y cedidos no son de dominio público.

- Prohíban al franquiciado vender marcas de determinados competidores.

2.2.3. Países que regulan de una manera extensa

De otro lado, debemos abordar el estudio de aquellos países en donde la regulación es densa y frondosa. En realidad, el único país que regula el contrato de franquicia es Estados Unidos a través de la FRANCHISE RULE¹⁹⁸ que describe, en extenso, cada uno de los supuestos que versan y que se integran en el contrato de franquicia.

2.2.3.1. Estados Unidos de América¹⁹⁹

Los constantes abusos cometidos por los franquiciantes dieron lugar a demandas cada vez más numerosas por parte de la población para que el gobierno norteamericano interviniera de forma inmediata a fin de frenar la ola de abusos del sector.

Es así que California fue el primer estado en prestar atención a esas exigencias, debido a las importantes pérdidas que muchos de sus residentes estaban sufriendo a manos de franquiciantes sin escrúpulos y en respuesta a una cantidad creciente de irregularidades jurídicas en la materia. En ese sentido, se promulgó en 1971 la primera Ley estatal relacionada específicamente con las franquicias. A partir de entonces, toda compañía que deseara vender franquicias

¹⁹⁸ Norma Federal que regula el contrato de franquicia en Estados Unidos de Norteamérica

¹⁹⁹ Perspectiva Global de las Franquicias en el Derecho Comparado. [en línea] <http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/de_l_a/capitulo5.pdf> [consulta: 30 julio 2016]

debía registrarse antes de ofrecer o vender sus franquicias en California, e imponía un período de capacitación antes de que pudiese cerrar una venta. También obligaba a los franquiciadores a entregar a los posibles franquiciatarios una copia del contrato de franquicia, de sus estados financieros más recientes y del documento de prestación, lo que en realidad convertía la oferta de la franquicia en un contrato oficial por escrito que el estado tenía derecho a revisar.

También sirvió de precedente para que otros estados de la Unión Americana modificaran su legislación y adoptaran medidas muy similares como la obligación registral y la publicidad precontractual.

Es así que, finalmente en octubre de 1979 la Comisión Federal de Comercio promulgó su reglamento sobre las franquicias a nivel nacional (en adelante FTC). Al igual que el ordenamiento de California, el de la FTC establecía el derecho al franquiciatario de obtener información confiable acerca del negocio del franquiciador. Además, este nuevo reglamento estipulaba que sería ilegal cualquier oferta o venta de una franquicia dentro de los Estados Unidos si ésta no iba presidida de la entrega de un documento de presentación durante el primero de los siguientes acontecimientos: 1) la primera reunión personal para discutir la venta de la franquicia, 2) cuando se entregaba al menos 10 días hábiles antes de la firma de cualquier contrato de franquicia, o 3) cuando menos 10 días antes de efectuar cualquier pago al franquiciante.

Ahora bien, el reglamento de la FTC es de aplicación nacional lo que significa que todos los estados americanos están obligados forzosamente a cumplirlo. No obstante, hay estados que imponen normas locales más estrictas que las

federales y que tienen prioridad sobre el reglamento de la FTC siempre y cuando no estén en contra de dicho ordenamiento.

Dentro de estos dispositivos estatales, la Circular de Oferta Uniforme de Franquicias (UFOC) es sin duda el método más popular por su alto grado de eficiencia. Se trata de un documento complejo cuyo objetivo es recabar un informe sumamente detallado sobre los franquiciantes y sus franquicias.

Aunque la UFOC es más exhaustiva en sus requisitos que el reglamento de la FTC, ambos formatos exigen la divulgación de una gran amplitud de información. En la práctica diaria de los negocios, la UFOC es la circular más utilizada de las 2 formas e incluye los siguientes puntos:

- Descripción del franquiciantes y sus antecesores
- Identidad y experiencia en los negocios de los ejecutivos y directores
- Historia de litigios
- Pago inicial para las franquicias
- Costos y honorarios adicionales
- Inversión inicial del franquiciatario
- Requisitos para comprar o alquilar los recursos asignados
- Requisitos para comprar a proveedores aprobados
- Acuerdos para la financiación del franquiciatario
- Obligaciones del franquiciante
- Protección de territorios
- Marcas registradas, nombres comerciales y marcas de servicios
- Patentes y derechos de autor
- Requisitos solicitados al franquiciatario para operar el negocio

- Restricciones en la venta de bienes y servicios
- Renovación, cancelación o cesión de la franquicia
- Promoción de una persona pública
- Declaración de ingresos (opcional)
- Nombres, direcciones y teléfonos de franquiciatarios actuales y anteriores
- Estados financieros
- Copias del contrato de franquicia y de otros contratos y acuerdos

Por la omisión o adulteración material de la información contenida en la UFOC o en el reglamento de la FTC, un franquiciante podrá ser severamente sancionado sin importar si lo hizo de manera intencional o accidental.

En Estados Unidos al igual que en otros países, la mayoría de los contratos de franquicia contienen disposiciones por medio de las cuales el franquiciatario acuerda no competir con el franquiciante a la terminación del contrato. La justificación de los convenios de competencia tiene sus raíces en la Ley básica del contrato. Como sociedad, la jurisprudencia estadounidense respeta la santidad de los contratos.

Asimismo, las leyes que defienden la libre Competencia Económica en los Estados Unidos son sumamente rígidas y explícitas ya que son la base fundamental de su modelo neoliberal, por lo que el franquiciante solo podrá sugerir ciertos precios al menudeo a sus franquiciatarios. De manera similar, los franquiciantes no pueden obligar a los franquiciatarios a que les compren todos sus productos de forma exclusiva, salvo que hayan utilizado algunas técnicas

contractuales para controlar la calidad del producto franquiciado.

Existen tres técnicas para escoger:

- Designación de Proveedor: si el producto abastecido es de primordial importancia para el negocio franquiciado, sobre todo cuando se trata de decisiones subjetivas de sabor, entonces el franquiciante puede nombrar a un proveedor al que el franquiciatario deberá comprar sus productos.
- Aprobación del Proveedor: si el producto implica un control menos estricto sobre el proveedor o está más abierto a una evaluación subjetiva, entonces el franquiciante puede optar por elaborar una lista de los posibles proveedores en la cual cada franquiciatario podrá escoger el que más le convenga.
- Emisión de las especificaciones: este se utiliza cuando nos e requiere un análisis subjetivo y cuando es posible encauzar a los franquiciatarios por medio de directrices escritas para que compren a cualquier proveedor cuyos productos o servicios cumplan determinados requisitos.

Además de tener una regulación propia, en Estados Unidos existen Asociaciones de franquicias, es así que desde 1960 se fundó la Asociación Internacional de Franquicias (en adelante IFA), actualmente es la primera organización de franquicias en el mundo y su código de ética representa un modelo de integridad al que franquiciador debe apegarse, ofreciendo una variedad de servicios que no pueden encontrarse en ningún otro sitio, inclusive ferias comerciales, programas educativos, publicaciones importantes y un grupo de profesionales en franquicias que ayudan y asesoran a sus miembros y al público en general.

Asimismo, como consecuencia de la formación de la IFA, existen varias asociaciones que defienden los intereses de los franquiciatarios, pero la que se considera más importante es la Asociación Estadounidense de Franquiciatarios y Distribuidores (AAFD). Con este tipo de asociaciones los franquiciatarios están comenzando a ver que una fuerte integración entre ellos puede generar el anhelado equilibrio necesario para recobrar la justicia y la equidad en la industria de la franquicia.

Un estudio realizado por Leonard Swartz en su libro “tendencias Internacionales en el sector franquicias”, nos indica que en Estados Unidos existen más de 2,000 empresas franquiciantes y la mitad ya ha exportado sus formatos al exterior. Una de cada doce empresas son franquicias y que el 50% de todas las ventas al por menor se realiza mediante franquicia. Este país es el principal exportador de franquicias del mundo²⁰⁰.

Según el estudio realizado por la Asociación Internacional de Franquicias, la tendencia de franquicias con oficinas pequeñas o que operan en el hogar se ha incrementado de manera considerable en Estados Unidos, ya que constituyen un mecanismo de entrada ideal para el pequeño inversionista. Las compañías franquiciadoras con mayor presencia en Norteamérica son las de comida rápida, específicamente pizzas, helados y tiendas de café, seguidas por las de servicio de cuidado personal, tales como centro de bronceado y programas para pérdidas de peso²⁰¹.

²⁰⁰ MONTES, Daniel. Las Franquicias en el Mundo [en línea]. Esto es Marketing. Lunes, 15 de febrero de 2010. <<http://daniel-montes.blogspot.pe/2010/02/las-franquicias-en-el-mundo.html>> [consulta: 30 julio 2016].

²⁰¹ Ídem

2.2.4. Algunos Organismos Internacionales relacionados con la franquicia

2.2.4.1. Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit)²⁰²

La necesidad de uniformizar normas y criterios en materia mercantil internacional impulsó a que el UNIDROIT reconociera la importancia del contrato de franquicia y elaborara en 1998 una Guía para los Acuerdos Internacionales de Franquicia Principal que consta de 20 capítulos.

Posteriormente, en enero de 1999, el Consejo Directivo y la Asamblea General de dicho organismo, comenzaron a preparar un proyecto de ley modelo sobre la franquicia en general, el cuál entro en vigor en el 2001.

Esta ley se limita a exigir el suministro de información precontractual, requiere a los franquiciantes que proporcionen a los posibles franquiciatarios la información que estos necesitan para evaluar la franquicia que se les ofrece.

Dentro de las disposiciones más interesantes de este ordenamiento están los siguientes:

- Definiciones de los conceptos utilizados en el texto, incluyendo una extensa definición sobre el concepto de franquicia.
- La obligación por parte del franquiciante de proporcionar un documento informativo a cada candidato, con 14 días de antelación a la fecha de la firma del contrato, o de

²⁰² Perspectiva Global de las franquicias en el Derecho Comparado. [en línea]. México. <http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/de_l_a/capitulo5.pdf>. [consulta: 30 julio 2016]

cualquier pago relacionado con la adquisición de la franquicia.

- La información debe ser suministrada por escrito.
- Casos en los que el franquiciante está exento de la obligación de informar.
- Describe con detalle la información que el franquiciante le debe suministrar al posible franquiciatario como: experiencia comercial del franquiciante, información sobre cualquier procedimiento de quiebra, tratamiento de las ganancias u otros beneficios, naturaleza y alcance de los derechos exclusivos otorgados, limitaciones, impuestos al franquiciatario, obligaciones de no competencia, comisiones, restricciones o condiciones con relación a los bienes o servicios que el franquiciatario puede vender, entre otros.
- El idioma en el que se va a redactar el documento informativo.
- Recurso de que dispone el franquiciatario en caso de que el franquiciante no entregue el documento informativo dentro del plazo fijado, o de que este documento contenga falsedad u omisión respecto de un hecho significativo.
- Plazos dentro de los cuales debe ejercerse el derecho de rescisión.

Actualmente existe un debate sobre la verdadera necesidad de esta ley modelo, porque existen otras naciones que prefieren dejar a cada legislación un régimen propio, en particular, para un convenio que no tiene características específicas en múltiples jurisdicciones.

2.2.4.2. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi)²⁰³

La OMPI es una organización intergubernamental creada en 1967 con el objeto de promover la protección de la Propiedad Intelectual en el mundo. En 1974 se transformó en un Organismo Especializado de la ONU y recibió el mando de administrar los asuntos de propiedad intelectual reconocidos por los Estados miembros de dicha organización.

Ahora bien, siendo que la franquicia contempla diversos aspectos pertenecientes a la propiedad intelectual, la OMPI ha establecido tres (03) elementos que debe contener esta relación comercial para fungir como tal y estos son:

- Licencia para utilizar el sistema
- Relación interactiva continúa
- El derecho del licenciante a establecer la forma de operar el negocio

Además, la organización cuenta con un Centro de Arbitraje y Mediación que ofrece sus servicios a toda controversia internacional comercial entre partes privadas en el campo de la tecnología, el espectáculo y otros litigios en materia de propiedad intelectual a escala mundial, por lo que se puede pactar en los contratos de franquicia que en caso de que se presente una disputa legal esta se ventile ante la OMPI.

2.2.4.3. Federación Europea de Franquicias (EFF)²⁰⁴

Constituida en 1972 con el fin de estudiar detallada y objetivamente la relación de franquicia, promocionarla como

²⁰³ Ídem
²⁰⁴ Ídem

alternativa de negocio y defender los intereses de sus integrantes, elaboró el Código Deontológico Europeo de la Franquicia para reflejar la conducta que deben seguir los usuarios del sistema de franquicias en Europa. Su pretensión no es sustituir la normativa vigente, sino orientar a los franquiciatarios sobre las pautas de comportamiento que debe seguir, así como de servir de guía a los ya implantados.

Dicho Código Deontológico es el resultado de la experiencia y el trabajo de la E.F.F. y de sus miembros (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Holanda, Portugal y República Federal Alemana) de acuerdo con la Comisión de la Comunidad Europea. Remplaza, anticipándose al Mercado Único, al anterior Código Europeo de Deontología de la Franquicia y a todos los Códigos Deontológicos Nacionales y regionales existentes actualmente en Europa.

La Asociación Española de Franquiciadores es la adhesión más reciente al listado de miembros pertenecientes a la Federación Europea de la Franquicia, desde el pasado enero del 2015. Con su incorporación a la EFF, la Asociación Española de Franquiciadores pretende servir de puente de unión entre las franquicias europeas y las iberoamericanas.

Los miembros adheridos a la EFF aceptan el código y se comprometen a no modificarlo de ninguna manera; sin embargo, no se descarta la posibilidad de que las diferentes naciones integrantes, establezcan cláusulas específicas que no pueden ser contradictorias al código.

La E.F.F. incluye un Comité Jurídico, compuesto por dos juristas especializados en Franquicias y designados por cada una de las asociaciones o federaciones miembros. La E.F.F.

ha creado, por otro lado, un Comité de Arbitraje, a disposición de las partes que deseen someterse sus eventuales litigios.

- **Código Deontológico Europeo**²⁰⁵:

El actual Código Deontológico Europeo entró en vigor el día 1 de enero de 1991. No es en sí una norma jurídica sino un instrumento para que las decisiones que tomen ambas partes lleven consigo una buena relación, es decir, constituye el referente básico para que las relaciones se entiendan y se practiquen con eficacia y honestidad por ambas partes. El Código recoge, de forma clara y sencilla, las obligaciones del franquiciador y franquiciado, la manera de proceder en la captación y selección de franquiciados y los puntos esenciales que debe contener un contrato de franquicia. Este código se aplica a la relación entre el franquiciador y sus franquiciados individuales e igualmente entre el franquiciador maestro y sus franquiciados individuales; sin embargo, no se aplica a la relación entre el franquiciador y sus franquiciados maestros. La Asociación Italiana del Franchising (AIF), como miembro de la Asociación Europea del Franchising (EFF), adopta este código para todos sus afiliados²⁰⁶.

2.2.4.4. Federación Iberoamericana de Franquicias- FIAF

Conformada por los países Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, España, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela con el fin de mejorar y

²⁰⁵ Servicio Creación de empresas. Legislación sobre Franquicias. [en línea]. Argentina. <<http://www.creacionempresas.com/franquicia/101-/544-legislacion-sobre-franquicias>> [consulta: 30 julio 2016]

²⁰⁶ RAMIREZ HURTADO, José y QUATTROCIOCCI, Bernardino. El Sistemade franquicias en Italia una oportunidad de internacionalización para las enseñas españolas.[en línea] <http://www.mercasa.es/files/multimedios/pag_077-084_Italia.pdf> [consulta: 30 julio 2016]

legitimar el intercambio de la información estratégica y comercial en todo Iberoamérica y dar un mayor protagonismo a sus miembros en el concejo mundial de franquicias²⁰⁷.

La FIAF tiene por objetivo la protección, organización, reglamentación y control de la actividad mercantil que actúa en el mercado bajo el régimen de la franquicia, protección y defensa de los intereses de las empresas que actúan o pretenden actuar en el mercado, en la calidad de Franquiciador, Franquiciado Principal, Franquiciado y Sub-franquiciado; estudio, promoción, divulgación, consolidación, desarrollo y progreso de la Franquicia Iberoamericana²⁰⁸.

²⁰⁷ GALLÁSTEGUI, Juan Manuel. Historia del nacimiento de la Federación Iberoamericana de Franquicias [en línea]. Federación Iberoamericana de Franquicias. Recuperado el 28 de mayo del 2016. <<http://www.portalfiaf.com/quem-somos/>> [consulta: 30 julio 2016]

²⁰⁸ **Estatutos FIAF** Propósitos

Artículo 5º –

- a. Promover, difundir y fomentar el desarrollo del sistema de franquicia, en particular en el territorio de cada uno de los países miembros y, en general, en el territorio Iberoamericano;
- b. Celar por un permanente respeto y defensa de los derechos de propiedad industrial e intelectual, indispensables para el desarrollo del sistema de franquicia;
- c. Promover el intercambio y la cooperación entre sus miembros con vista a la división de información y documentación y, así como, a la organización de eventos que tienen en mira promover y difundir el sistema de franquicia;
- d. Promover, orientar y colaborar en la constitución de asociaciones nacionales de franquicias en Iberoamérica donde estas no existan o no estén estructuradas;
- e. Estudio, implementación y promoción de las bases teóricas, prácticas y normativas de la Franquicia Iberoamericana;
- f. Prestación de servicios a las asociaciones de Franquiciadores y de Franquiciados Principales y así como a sus miembros en todos los dominios relacionados con la exploración de la Franquicia;
- g. Prestación de servicios a las asociaciones de Franquiciadores y Franquiciados Principales y así como a sus miembros con vista al refuerzo y consolidación del espíritu de grupo e intensificación de los lazos de solidaridad en el seno de la FIAF.
- h. Realización de trabajos de investigación y análisis, conferencias, debates, ciclos de estudio y acciones de formación ministrados en el seno de la FIAF o en colaboración con otras asociaciones, universidades, otras estructuras de enseñanza y cualesquier entidades que soliciten para el efecto la colaboración de la FIAF;
- i. Establecimiento de contactos regulares con otras asociaciones o federaciones similares, nacionales o internacionales, u otras entidades, teniendo en mira el intercambio de informaciones e ideas, teniendo en mira la correcta aplicación de la técnica de la Franquicia;
- j. Promoción de ediciones y publicación de estudios y trabajos, revistas y libros, así como la divulgación de obras nacionales e internacionales sobre la Franquicia;
- k. Proveer dictamen a entidades, públicas y privadas, sobre todas las cuestiones directa o indirectamente relacionadas con la Franquicia;
- l. Participación nacional e internacional en manifestaciones públicas o privadas sobre la Franquicia, representando los Franquiciadores y Franquiciados Principales, en cualesquier manifestaciones nacionales o internacionales sobre la especialidad;

CAPITULO III: ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL PERÚ

1. ASPECTOS PRELIMINARES

Actualmente la franquicia es una forma organizativa que se ha extendido a todo el mundo, aunque tal y como dicen Forward y Fulop (1993)²⁰⁹ es difícil cuantificar su magnitud dada la diversidad de las definiciones de la franquicia y la diferente forma de registrar estos datos en cada país. Sirva como muestra el hecho de que en algunos países se incluyen datos referentes a los concesionarios de coches y a las gasolineras, si bien en otros no. Además en algunos países el efecto económico originado por el crecimiento de la franquicia puede ser sobreestimado, ya que determinados negocios preexistentes adoptan este formato, tal y como ocurre en Gran Bretaña donde 8.000 franquiciados son repartidores de leche que se han acogido a este formato de organización.

Por ello, a fin de materializar los resultados de la investigación conviene revisar algunas de las cuestiones hasta aquí estudiadas. En ese sentido, debemos señalar que en el Perú el contrato de franquicia es un contrato atípico, pero que goza de una gran aceptación, tanto así que, se habla del *boom* de las franquicias.

m. Participación como asociado en otras asociaciones o federaciones nacionales o internacionales cuya actividad se relacione directa o indirectamente con la Franquicia;

n. Representación en otras asociaciones o entidades internacionales que prosigan objetivos similares;

o. Asegurar las bases teóricas para una práctica correcta de la Franquicia en la Iberoamérica, nombradamente adoptar o crear, aplicar y/o actualizar un Código de Deontología;

p. Prestación de informaciones sobre la Franquicia a cualesquier entidades nacionales o internacionales que la soliciten;

q. Apoyo de todas las iniciativas que en Iberoamérica se vinculen a la defensa y al desarrollo de la Franquicia;

r. Realización o promoción de mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito de los acuerdos de Franquicia.

²⁰⁹ Forward, J. Eulop C.(1993), "Elements of Franchise' Servite IndustnesJournal Vol 13. No.

4, pp.159-78.

El contrato de franquicia ha evolucionado favorablemente en los últimos años con un crecimiento sostenido en nuestro país²¹⁰, es así que hoy podemos señalar que el total de franquicias nacionales y extranjeras que operan en el Perú son 413, representando las franquicias nacionales el 42 % como se muestra en el siguiente gráfico.

GRÁFICO N° 1



Fuente: Cámara de Franquicias del Perú año 2015

Elaboración: Propia

Consideramos que, lo que ha permitido la apertura del mercado a franquicias nacionales y extranjeras en el Perú, es que nuestro país ha tenido un crecimiento económico en las últimas décadas debido al incremento de la mano de obra, seguido por el crecimiento del capital, la apertura comercial y la provisión de la infraestructura pública, las políticas de estabilización macroeconómica, tales como aquellas que controlan la inflación de precios, la volatilidad cíclica, la frecuencia de crisis bancarias sistémicas físico y las variables relacionadas con las condiciones externas o internacionales que sirven como impulso (o freno) a la actividad

²¹⁰ Sector franquicias en Perú crecerá 20% en 2015. [en línea] PQS PORTAL. <<http://pqs.pe/economia/sector-franquicias-en-peru-crecimiento-2015>>[consulta: 30 julio 2016]. El director de la **Cámara Peruana de Franquicias** (CPF), Luis Kiser, manifestó que para el primer semestre del año 2015, hubo 426 franquicias en el Perú, de las cuales 187 son nacionales (44%) y 239 extranjeras (56%)

doméstica, ello explica porque el crecimiento del producto bruto interno hoy en día sigue siendo considerado un referente macroeconómico en la región de América²¹¹.

Lo cierto es que actualmente en nuestro país no existe una normativa especial que regule a las franquicias, pues el Perú tiene varias leyes a las cuales tenemos que acudir de manera subsidiaria para regular el contrato de franquicia. Ante esto, tal como menciona Lucy Ludeña Almeyda, es tarea del gobierno establecer una reglamentación que permita el desarrollo del sector a través del establecimiento de leyes promotoras y regulatorias²¹², lo cual será materia de análisis en este capítulo.

En este punto, conviene analizar y contrastar las variables correspondiente a la hipótesis objeto de la presente tesis, esto es, estudiar por un lado la “seguridad jurídica” y por el otro, analizar la utilización de figuras contractuales que resuelven los conflictos que se suscitan en la contratación de la franquicia, ello con la finalidad de enlazar dichas variables y señalar la verdad o falsedad de nuestra proposición.

Previamente, presentaremos una serie de referencias coadyuvantes que permitirán establecer la influencia que tiene en la economía el hecho de que un país tenga o no regulado el contrato de franquicia incidiendo en aspectos tales como su facturación y su incidencia en la creación de empleo, entre otros aspectos.

2. DATOS COMPARATIVOS

De manera didáctica hemos de considerar los siguientes cuadros a fin de poder concluir, en términos cuantitativos, sobre las bondades de legislar o no la franquicia, ello en función a la comparativa que se realizará entre las

²¹¹ LOAYZA, Norman V. El crecimiento económico en el Perú. Departamento de Investigación Banco Mundial. [en línea]. Economía Vol. XXXI, N° 61, semestre (2008). 9-25p <<http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/viewFile/477/468>>. [consulta 03 de agosto del 2016]

²¹² LUDEÑA ALMEYDA, Yuly. Op cit., 81p.

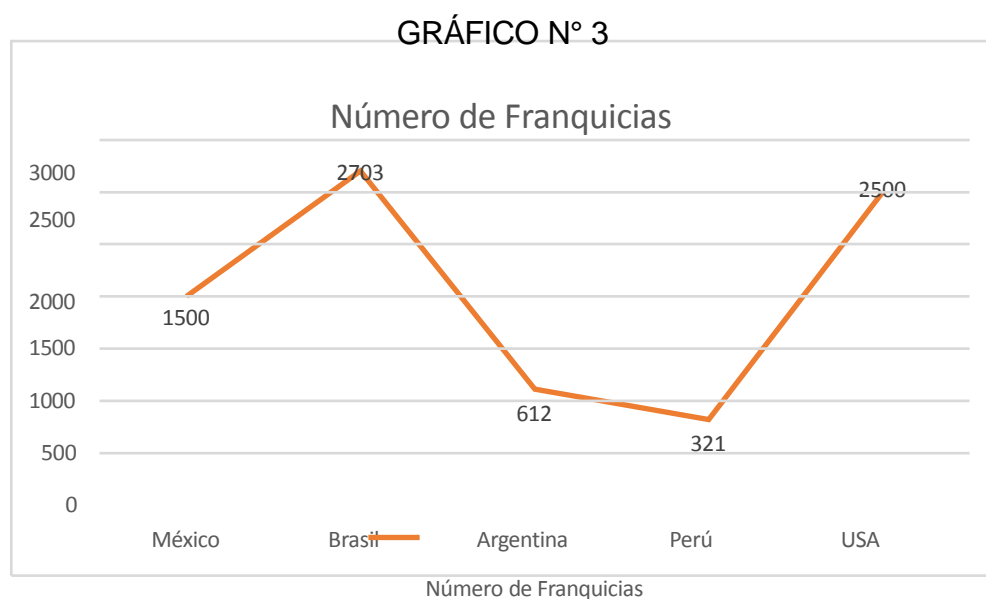
estadísticas de aquellos países que tienen o no incorporada una regulación sobre el particular, para ello hemos considerado a los países más representativos del continente americano.

GRÁFICO N° 2
Regulación del contrato de Franquicia a Nivel Internacional



Fuente: Datos de los investigadores
Elaboración: propia

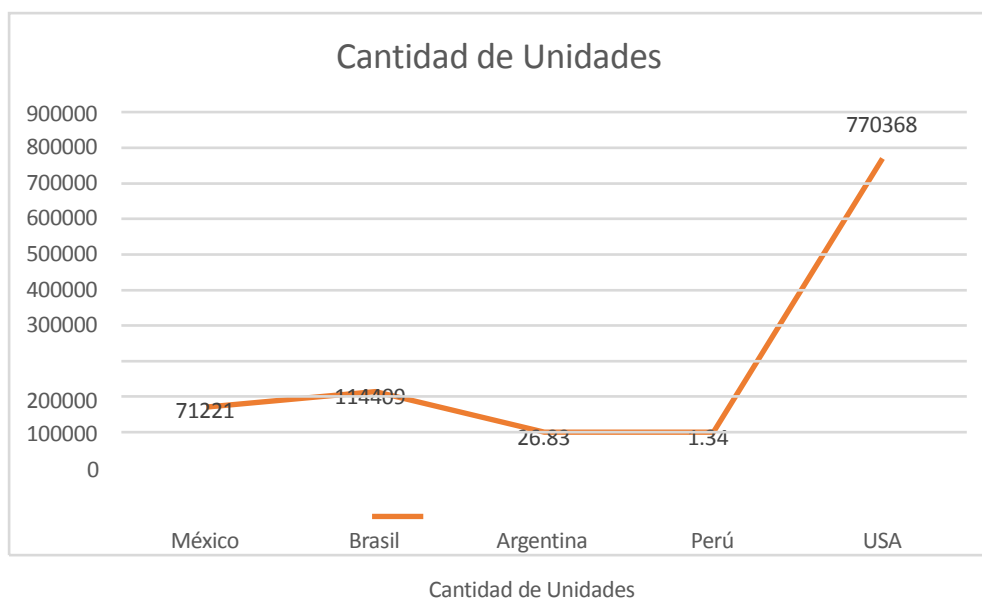
En el gráfico N° 2 tenemos un pequeño resumen de algunos de los países que cuentan o no con una regulación, extensa o práctica, sobre el contrato de franquicia.



Fuente: PromPeru
Elaboración: propia

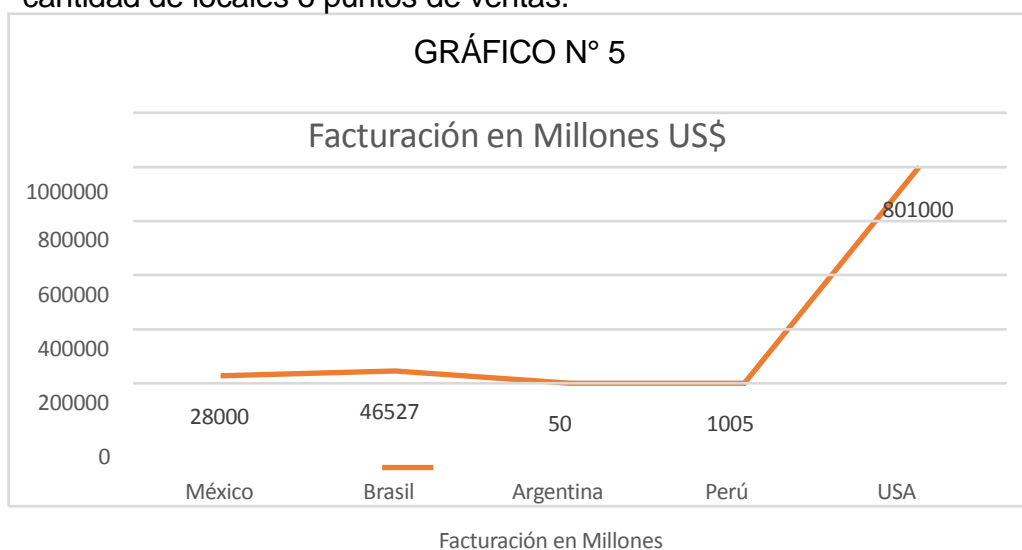
En el gráfico N° 3 podemos concluir que en aquellos países en donde existe una regulación se ha desarrollado exponencialmente el contrato, existiendo un mayor número de franquicias, ello en virtud a que dicha norma otorga seguridad jurídica a través de reglas claras.

GRÁFICO N° 4



Fuente: PromPeru
Elaboración: propia

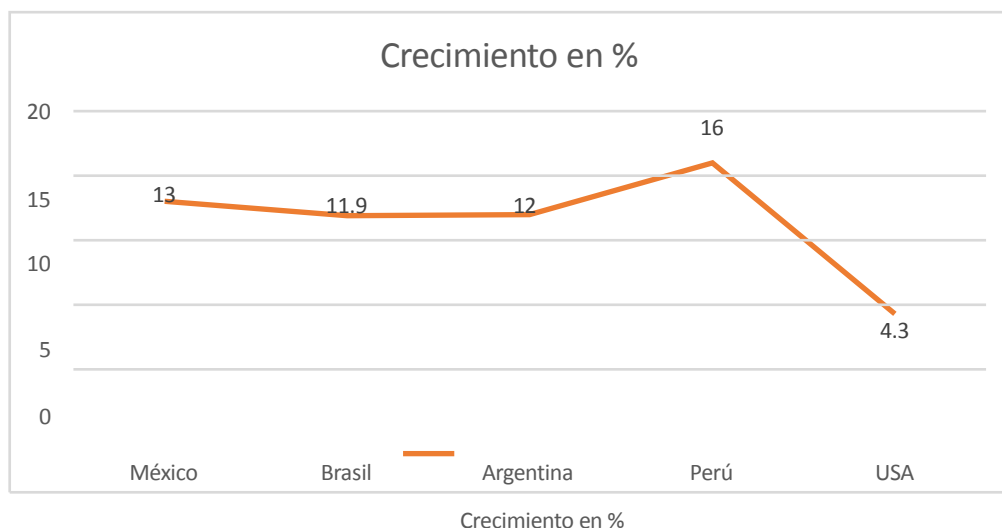
En el gráfico N° 4 podemos concluir que en aquellos países en donde existe una regulación los negocios de franquicia cuentan con mayor cantidad de locales o puntos de ventas.



Fuente: PromPeru
Elaboración: propia

En el gráfico N° 5 podemos concluir que en aquellos países en donde existe una regulación sobre el contrato de franquicia, los negocios franquiciados tienen mayores ventas, lo que contribuye a un incremento del PBI de cada país.

GRÁFICO N° 6



Fuente: PromPeru
Elaboración: propia

En el gráfico N° 6 se tiene que en aquellos lugares donde existe regulación el crecimiento de la franquicia mantiene un crecimiento constante, pero puede evidenciarse que en aquellos países en donde no existe regulación el crecimiento es mayor, debido a que al existir menos unidades franquiciadas, cualquier aumento representa en proporción un aumento elevado.



Fuente: PromPeru

En el gráfico N° 7 notamos como en los países donde la franquicia se encuentra regulada afecta positivamente en el incremento de la oferta de empleo, a diferencia de aquellos países en donde no existe ninguna regulación.

3. LA SEGURIDAD JURÍDICA

La palabra seguridad tiene su origen en una palabra latina *securitas*. Esta proviene de sustantivar el adjetivo *securus*, el cual se puede traducir como tener seguridad de algo. Así, cuando aparece en la expresión seguridad jurídica hace referencia a las garantías que ofrece el Estado a los individuos, según las cuales sus bienes materiales, la seguridad de su persona y sus derechos no serán violados²¹³.

Según la definición dada por Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, la seguridad jurídica consiste en: “La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho”²¹⁴.

Por su parte, Fernández Vázquez, en su Diccionario de Derecho Público, define seguridad jurídica como el conjunto de “condiciones indispensables para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Añadiendo que, constituye la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuales son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicios. A su vez la seguridad delimita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica solo se logra en el Estado de Derecho, porque en el régimen autocrático y totalitario las

²¹³ Ídem

²¹⁴ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 25° Edición, Buenos Aires, República Argentina, Heliasta SRL, 1997, Tomo VI, 67p.

personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder. Puede decirse que todo el derecho y los mecanismos que la ley organiza para su aplicación convergen hacia el objetivo común de suministrar seguridad jurídica a todos los habitantes de un país”²¹⁵.

De acuerdo a lo citado en los párrafos anteriores la seguridad jurídica puede ser entendida como un principio jurídico general, consustancial a todo Estado de Derecho, en virtud del cual el Estado, como órgano rector de una sociedad, debe necesariamente asegurar ciertas condiciones mínimas a sus súbditos a modo de garantías, en cuanto al ámbito administrativo, judicial, legislativo, y en general, en todos aquellos ámbitos en los cuales intervengan investido de la soberanía estatal²¹⁶.

Este principio representa, en el ámbito de su publicación y de su publicidad, la seguridad de que se tiene conocimiento, o de que se puede llegar a tener, de lo que la ley prevé como prohibido, permitido y mandado por los poderes públicos, respecto de uno mismo para con el resto de individuos y de estos para con uno mismo²¹⁷.

Del mismo modo, la seguridad jurídica garantiza que si todo esto es violado, el Estado asegura a los individuos que tanto sus bienes, como el daño a su persona o los daños morales por la violación de sus derechos, serán reparados por el resto de la sociedad. La seguridad jurídica es, pues, la "certeza del derecho" que posee el individuo en la sociedad, la cual está garantizada por el Estado. Toda persona, se encuentra en una situación jurídica determinada, la ley de su país le protege de determinada manera y esta situación jurídica solo puede cambiar mediante los procedimientos establecidos legalmente para ello, los cuales suelen estar publicados previamente²¹⁸.

²¹⁵ FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*, Buenos Aires, Astrea, 1981, 698p.

²¹⁶ DE POMAR SHIROTA, Juan Miguel. Seguridad Jurídica y Regimen Constitucional. [en línea]. <http://www.ipdt.org/editor/docs/08_Rev23_JMDPS.pdf> [consulta: 30 julio 2016]

²¹⁷ GERENCIE.COM. Seguridad Jurídica. [en línea] <<http://www.gerencie.com/seguridad-juridica.html>> [consulta: 04 Agosto 2016]

²¹⁸ Ídem

Todo ser humano tiene derecho a tener una vida tranquila, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la propiedad y a todos los demás derechos reconocidos por nuestra Constitución Política de 1993. La seguridad jurídica surge con el Estado de Derecho que patentiza un verdadero sistema de legalidad y legitimación teniendo como soporte la Constitución²¹⁹.

Todas aquellas personas que celebran distintos actos jurídicos, requieren tener la certeza de que éstos son válidos, es decir requieren contar con seguridad jurídica respecto de los derechos que adquieren y de los actos jurídicos que celebran. La necesidad social de dotar de seguridad jurídica a los actos y contratos que celebran las personas, los llevan a cumplir con ciertos requisitos exigidos y regulados por la normatividad peruana vigente. Es por ello la importancia de que las personas antes de pretender celebrar actos y contratos, deben informarse sobre la validez de los mismos y de los requisitos de forma y fondo exigidos por la Ley, disminuyendo así los posibles conflictos o litigios²²⁰.

Si revisamos la Constitución Política del Perú no encontraremos textualmente mención sobre Seguridad Jurídica, pero el Tribunal Constitucional se ha encargado en numerosas sentencias expresarse sobre ella. Sobre el tema de la Seguridad Jurídica existen dos sentencias del Tribunal Constitucional muy comentadas en sede académica²²¹.

El Tribunal Constitucional ha determinado que “...*la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo desde luego a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución...*”²²².

²¹⁹ DIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA. La Seguridad Jurídica, [en línea] <<http://www.regionmoquegua.gob.pe/archivos/comunicados/LA%20SEGURIDAD%20JURIDICA.pdf>> [consulta: 04 Agosto 2016]

²²⁰ *idem*

²²¹ Sentencias de fechas 30 de Abril y 04 de Julio de 2003, publicadas en el diario oficial El Peruano con fechas 15 de Mayo y 31 de Agosto de 2003

²²² EXP. N° 0016-2002-AI/TC Fundamento número 4 de la sentencia de fecha 15 de Mayo de 2003, diario oficial El Peruano.

La Seguridad Jurídica tampoco ha sido desarrollada legislativamente; sin embargo, está inmersa en el ordenamiento, su presencia es indispensable, es el mayor de los intangibles del ordenamiento jurídico. La Seguridad Jurídica se encuentra tácitamente desde la Constitución hasta la última de las normas (jerárquicamente hablando).

Citaremos a dos autores que en forma clara y precisa han descrito lo que significa la Seguridad Jurídica. Marcial Rubio Correa, expresa que la seguridad jurídica consiste, en esencia, en que el Derecho será cumplido y, por consiguiente, que las conductas de las personas, pero principalmente del Estado, sus órganos y organismos, serán predecibles. Lo esencial de la seguridad jurídica es poder predecir la conducta de las personas y del poder a partir de lo que manda el Derecho. Puede ser que las personas discrepen con esas conductas, pero cuando tienen seguridad jurídica saben cuáles son las que predetermina el Derecho. Esto permite organizar la propia vida y sus situaciones de manera jurídicamente correcta²²³.

Vallet de Goytisolo citado por José María Chico y Ortiz²²⁴, describe a la seguridad jurídica desde el derecho y la justicia, expresando que, al decir que si el Derecho es el arte de lo justo y la Justicia es un valor superior que debe ser logrado por todo el Estado de Derecho, la seguridad jurídica supone la cristalización del principio, haciendo justo todo lo que tienda a ser seguro, a ofrecer seguridad.

Ahora bien, y enfocándonos en nuestra investigación diremos que existen ciertas leyes en el país que actualmente enmarcan la operatividad de las franquicias de acuerdo a las normas vigentes, éstas son la Constitución Política del Perú, mediante sus artículos del capítulo de Régimen Económico, el Código Civil respecto a los artículos de contratos,

²²³ El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima. Perú. 2006. 79p.

²²⁴ Seguridad Jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios. Marcial Pons Editor. Madrid. España. 1994. 30p.

obligaciones y acto jurídico, la Decisión 291 del Acuerdo de Cartagena, respecto al tratamiento del capital extranjero y sobre marcas, patentes y regalías, el Decreto Legislativo 807, respecto a las facultades que asume INDECOPI de acuerdo a lo solicitado por el Acuerdo de Cartagena, el Decreto Legislativo 662, respecto a la estabilidad jurídica para la inversión extranjera y la Ley de Propiedad Industrial, respecto a las marcas²²⁵.

Sin embargo, la existencia de estas normas no es suficiente para otorgar una plena seguridad jurídica a los contratantes y menos aún promocionar este modelo como una opción para expandir un negocio. Además que estos cuerpos legales desarrollan el tema de las inversiones extranjeras en el Perú, pero no detallan aspectos de la operatividad del Sistema de Franquicias en sí. Al no existir un parámetro legal y/o ético que regule específicamente a las franquicias, estamos expuestos a que con el crecimiento del sector también se acrecienten el número de conflictos y estas normas básicas y generales no sean suficientes para ciertos supuestos²²⁶.

Por ello como dice Alberto Spota²²⁷, “lo relevante no es, que [una]²²⁸ ley le otorgue o no un nombre a un contrato, sino que éste tenga su regulación propia, aunque la ley puede efectuar una remisión o reenvío de la cual se infiera aquella disciplina”, con la finalidad de otorgar un mejor marco normativo y con ello otorgar seguridad jurídica; sin embargo, debemos señalar claramente que aquellas normas dadas por remisión no agotan ni abarcan todo el conjunto de relaciones y problemas que puede traer consigo el contrato de franquicia.

Como hemos visto, la importancia de la regulación es que daría una mayor seguridad jurídica entre las partes porque permitirá el intercambio y circulación acelerada, masiva de los valores patrimoniales y la producción

²²⁵ LUDEÑA ALMEYDA, Yuly. Op. cit

²²⁶ Idem

²²⁷ SPOTA, Alberto G. “Instituciones del Derecho Civil. Contratos”, Tomo I, II, III, Buenos Aires,

De Palma, 1975

²²⁸ El añadido es nuestro

de los bienes necesarios derivados de las crecientes y cambiantes relaciones económicas y jurídicas.

Es así que por el proceso de desarrollo económico que experimenta nuestro país, permite la incorporación de nuevos capitales, tecnología y la celebración de diversas transacciones, es oportuno valorar la importancia que adquiere la regulación del Contrato de Franquicia.

Por ello, al no estar regulado el contrato de franquicia en la legislación peruana, existe un vacío legal, por ello, es posible se cometan errores en el momento de resolver las controversias ya que, se aplican normas generales y no específicas. Realizar un contrato de franquicia sin leyes que la regulen y protejan es un verdadero salto al vacío.

Queda claro, que la Franquicia es un negocio de alto riesgo, debido principalmente a la inexistencia de una Ley que incentive a los empresarios a una inversión segura y confiable, que proteja y defienda los derechos de los inversionistas ante los empresarios inescrupulosos que podrían ofrecer una marca como franquicia sin serlo, o cobrar por el uso de una marca sin brindar al franquiciado los conocimientos, el know how, el soporte técnico y legal en caso surjan problemas, abandonando al inversionista a su suerte con el negocio en marcha, pues no existe ningún ente regulador y supervisor estatal de esta modalidad internacional de negocios que mueve millones de dólares al año en el Perú y el mundo²²⁹.

Así mismo, en este llamado mercado de franquicias, aparecen marcas de inescrupulosos “seudos empresarios”, que promocionaron marcas en el mercado de las franquicias, sin poseer los conocimientos técnicos ni el apoyo suficiente, ocasionando que el franquiciado de por perdida la inversión realizada. Al no estar regulado, conlleva que algunos malos

²²⁹ Franquicias peruanas, los riesgos de un negocio sin ley. [en línea] <<https://lamula.pe/2011/06/18/franquicias-peruanas-los-riesgos-de-un-negocio-sin-ley/periodistaonline/>>, [consulta 02 Septiembre 2016]

empresarios que, conocen las debilidades del sistema, se aprovechen la indefensa condición de los franquiciados para ganar a costa de ellos²³⁰.

Consideramos que se debe –principalmente-, proteger al franquiciador y al franquiciado a través de la creación de una norma, que regule este sector, y que permita se verifique la calidad del servicio ofertado, el grado de solvencia del negocio franquiciable, así como la información de la empresa, a fin de evitar sorpresas futuras.

En otros países han establecido la obligatoriedad de los franquiciantes 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 franquicias²³¹.

En nuestro país, dejar el sector de la franquicias sin una ley específica que lo regule y sin organismos que lo supervisen, fiscalicen e impongan sanciones, sería como abonar a favor de la 'cultura combi', dejando a los emprendedores nacionales y extranjeros, abandonados a su suerte, expuestos ante cualquier intento de fraude y sin un marco legal que los respalde y les dé confianza para invertir²³².

Algunos empresarios, quienes imponen sus propias reglas, defienden la informalidad de las franquicias peruanas y niegan toda posibilidad de apoyar una Ley de Franquicias, reconocen que este negocio es atípico en nuestro medio, porque no se encuentra especialmente regulado por la ley, pero indican que el Decreto Legislativo N° 662 (Ley de Promoción de la Inversión Extranjera), el Decreto Legislativo N° 823 (Ley de Propiedad

²³⁰ Cfr ob. Cit.

²³¹ Lamula.pe. Franquicias peruanas, los riesgos de un negocio sin ley. [en línea]. <<https://lamula.pe/2011/06/18/franquicias-peruanas-los-riesgos-de-un-negocio-sin-ley/periodistaonline/>>. [consulta 02 Septiembre 2016]

²³² Cfr ob. Cit.

Industrial), el Decreto Legislativo N° 807 (Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi), y la Decisión N° 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Tratamiento de los capitales extranjeros y sobre marcas, licencias y regalías), son instrumentos legales más que suficientes para impedir cualquier irregularidad en este negocio. Nada más lejano de la realidad²³³.

Como hemos expuesto, al no estar regulado en nuestro país el contrato de franquicia, tenemos que recurrir a otras áreas del derecho a efectos de elaborar el contrato de franquicia. Así, tendremos que utilizar, entre otros, los siguientes aspectos²³⁴:

- Propiedad Intelectual: Buscando la debida protección de la propiedad intelectual del franquiciante como marcas, nombres comerciales, patentes, know-how.
- Aspectos Civiles: especificando las obligaciones de las partes, ejecución de garantías, aplicación de penalidades, responsabilidades, mecanismos de resolución de conflictos.
- Derecho Comercial: Determinado el vehículo de inversión, decisiones y gestión social, uso de títulos valores.
- Derecho Tributario: Planeamiento y estructuración fiscal de la operación a nivel local, y aún más, al momento de la internacionalización; utilizando convenios para evitar la doble imposición, tasas de retención, entre otros aspectos fiscales vinculados.
- Aspectos Sectoriales: Regulaciones específicas relacionadas a las actividades del negocio como normas de aduanas, educación, alimentos, etc.

Así mismo, desde el punto de vista del franquiciante, será necesario regular en el contrato los aspectos económicos (derecho de entrada,

²³³ Idem.

²³⁴ LAWYER. El contrato de Franquicia: Multiplicador de Negocios. [en línea]. Tomado un extracto <<http://revistalawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>> [consulta: 02 Septiembre 2016]

regalías, publicidad, formación, entre otros), la protección de la propiedad intelectual, la no competencia, la confidencialidad, la facultad de supervisión y fiscalización, y determinadas limitaciones corporativas al franquiciado y la aplicación de penalidades e indemnizaciones. Además, creemos que, por el lado del franquiciado, se deberán regular aspectos como la licencia de marca, la transferencia del know-how, la obligación del franquiciante de brindar asistencia técnica, capacitación y respaldo, la exclusividad territorial, la entrega de los manuales operativos, entre otros aspectos²³⁵.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta, la importancia económica y las características propias del sistema de franquicia, consideramos que es indispensable una legislación, que garantice un equilibrio entre los participantes del sistema, otorgando seguridad a todas las partes, y asegurando oportunidades de inversión que se aprovecharán plenamente con una identificación de actores, derechos de propiedad intelectual bien definidos, obligaciones determinadas de las partes, fácil ejecución de garantías, entre otros muchos aspectos²³⁶.

Estamos convencidos, que lo que frena el crecimiento de este sector es la falta de regulación, que establezca las garantías para el adecuado desarrollo del contrato y se logre evitar abusos, incumplimientos de contratos y hasta estafas, por las llamadas Franchichas.

La periodista Heidi Castrillón, especializada en temas de comercio exterior y franquicias señaló: "Con asombro vemos que este rentable modelo de negocio que funciona en el Perú desde 1993, no cuenta con una ley expresa y se rige únicamente a través de contratos que por lo general no se cumplen estrictamente"²³⁷.

²³⁵ Idem

²³⁶ Cfr en ob. Cit.

²³⁷ La República, Negocio de las Franquicias en riesgo por falta de ley [en línea], <<http://larepublica.pe/22-07-2011/negocio-de-las-franquicias-en-riesgo-por-falta-de-ley>>[consulta: 05 Septiembre 2016]

Un caso bastante conocido es el de la franquicia "Mis Costillitas", restaurante dedicado al rubro de costillas y parrillas RIBS & COSTILLAS ABASTECIMIENTOS PARRILLEROS -empresa propietaria de la FRANQUICIA MIS COSTILLITAS- incurrió en incumplimiento de contrato de franquicia al entregarle a otra empresa, en octubre del 2010, una franquicia para la apertura de un nuevo restaurante en el distrito de Bellavista, zona de influencia exclusiva que le concedió a INTERCONTINENTAL FUSION TRADE en diciembre de 2009, lo cual llevó a que iniciaran los afectados, un arbitraje por incumplimiento de contrato²³⁸.

El Arbitro Único designado por la Cámara de Comercio de Lima (CCL) se pronunció a favor de la demanda interpuesta por INTERCONTINENTAL FUSION TRADE contra RIBS & COSTILLAS ABASTECIMIENTOS PARRILLEROS SAC, por incumplimiento de contrato de franquicia de la marca MIS COSTILLITAS, de esta manera, la instancia arbitral emitió una resolución contundente que marca un importante precedente para el estricto cumplimiento de los contratos de franquicia²³⁹.

En los últimos años se ha visto, un desarrollo importante de las franquicias en nuestro país, donde numerosas empresas extranjeras han ingresado al mercado peruano bajo este formato, y donde algunos empresarios peruanos han adoptado este sistema como una herramienta de expansión de sus negocios. La coincidencia de elementos, tales como el crecimiento, la estabilidad de la economía, el dinamismo del mercado y la baja inflación han contribuido en este proceso. 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.

²³⁸ Serperuano.com. Urge ley de franquicias en el Perú que garantice el adecuado desarrollo de los negocios nacionales. [en línea]. <<http://www.serperuano.com/2013/01/urge-ley-de-franquicias-en-el-peru-que-garantice-el-adecuado-desarrollo-de-los-negocios-nacionales/>> [consulta: 08 Septiembre 2016]

²³⁹ Idem

Por lo expuesto, el sistema de franquicias es un modelo de negocio para la expansión y desarrollo de empresas nacionales; y para nuestra economía. Si bien, la mayoría de franquicias internacionalizadas se encuentran vinculadas al sector gastronómico, ya se ha iniciado la exportación de franquicias peruanas pertenecientes a otros sectores como el textil y el de joyería, y a diferentes partes del mundo.

Queda claro, que el sector de la Franquicia, otorga un sin número de oportunidades para construir nuevos negocios, crear puestos de trabajo, realizar contratos de transferencia de tecnología, procurar la estandarización de procesos, procure el autoempleo, entre otros beneficios. Por lo tanto, para dotar de seguridad jurídica a éste contrato resulta necesario promover un marco jurídico flexible y efectivo; que supervise, detecte e imponga restricciones a quienes pretenden convertir las franquicias en un doloso mecanismo para hacer dinero; y que regule de manera adecuada la relación entre las partes.

4. FIGURAS CONTRACTUALES QUE RESUELVEN LOS CONFLICTOS

Para Fernando Lopez de Zavalía, un contrato es típico cuando la totalidad de sus cláusulas esenciales se adecúa a un tipo legal, sin que tenga importancia el nombre dado por las partes. El contrato nominado se rige por las reglas del tipo (sometido por ende al derecho imperativo que a éste corresponde, y llenándose sus lagunas por el derecho supletorio estatuido en el tipo). Si un problema determinado no puede ser resuelto atendiendo a dichas normas, se acude a las reglas generales de los contratos, y sólo a falta de ellas se buscan las del tipo análogo²⁴⁰.

Señala López²⁴¹ que en los contratos atípicos el procedimiento es el mismo. Tan sólo que como no hay un tipo del cual partir, habrá que acudir primero a las reglas generales de los contratos. La opinión contraria que

²⁴⁰ LÓPEZ, Fernando. Teoría De Los Contratos. Tomo I. 4ta Edición. Buenos Aires. Zavalía Editor. 1993. Pág. 97

²⁴¹ idem

al contrato innominado aplica directamente las reglas del tipo con el que guarda mayor analogía saltea indebidamente una etapa, que es la de la subsunción en el género.

Otros autores, señalan que por contrato atípico debe entenderse, en un sentido amplio, aquél en que las partes, en uso de la autonomía de su voluntad, regulan de forma novedosa y desconocida por el ordenamiento jurídico sus relaciones jurídicas²⁴².

En consecuencia, las partes, al regular sus relaciones, además de acogerse a las fórmulas contractuales ya reguladas, pueden acudir a sus propios pactos hasta, por ejemplo, crear nuevas figuras desconocidas por la Ley con plena validez, siempre que se muevan dentro de los límites que impone el ordenamiento jurídico²⁴³.

Esta idea constituye el fundamento de la distinción entre contratos típicos, cuyo contenido y finalidad vienen establecidos por la Ley y gozan de individualidad propia; y los atípicos, derivados de los pactos, cláusulas y condiciones que establezcan las partes en uso de la libertad contractual, ya sea por combinación de diversos tipos contractuales o diferentes prestaciones (conocidos como contratos mixtos) o por establecimiento de prestaciones que carecen de todo tipo de regulación, ni siquiera por aproximación (conocidos como totalmente atípicos)²⁴⁴.

En cualquier caso, la libertad absoluta de pactos en el ámbito de la contratación ha propiciado en la práctica la aparición de innumerables tipologías que con el tiempo han ido adquiriendo autonomía propia a

²⁴² Guías Jurídicas, Contratos atípicos e innominados. [en línea]. <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEA MtMSbF1jTAAAUmJQ2NDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE>, [consulta: 10 septiembre 2016]

²⁴³ Idem

²⁴⁴ Idem

medida que han sido estudiados y reglamentados por la Doctrina y Jurisprudencia²⁴⁵.

Conviene señalar, para efectos de la presente investigación, que de los contratos atípicos pueden surgir desavenencias que deben ser solucionadas por el derecho, y es precisamente ante dicha situación que proponemos un modo de actuación, dejando constancia que no nos encontramos dentro del supuesto de vacío o laguna del derecho²⁴⁶.

4.1. Los usos y costumbres

Con gran frecuencia, el legislador remite al magistrado, para la solución de determinadas controversias, a los usos locales o profesionales. Tal como ocurre principalmente en materia mercantil²⁴⁷.

Antes de analizar el tema propuesto y teniendo en cuenta la proposición antes mencionada, cabe señalar primigeniamente la distinción terminológica entre usos y costumbres. Así de acuerdo con Alfredo Rocco, el término uso *“...comprende desde la simple habitualidad individual hasta la verdadera y propia costumbre jurídica”*²⁴⁸.

La costumbre la podemos concebir de acuerdo con BARBERO como *“una forma de producción de normas jurídicas que consiste en la repetición general, constante y uniforme, de un determinado comportamiento en determinadas circunstancias”*.²⁴⁹ García Máñez, citando a Du Pasquier, señala que *“la costumbre es un uso implantado*

²⁴⁵ Idem

²⁴⁶ No obstante lo indicado y siguiendo a Marcial Rubio Correa diremos que “La carencia normativa solo se presenta cuando, de acuerdo a la estructura de las fuentes formales de un sistema jurídico determinado, ninguna de dichas fuentes produce una norma para el caso. De esta forma, solo puede ocurrir que exista una laguna cuando ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad, según sus propias reglas, han generado la norma aplicable.

²⁴⁷ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 53° edición. México. 2002. 65p

²⁴⁸ ROCCO ALFREDO. Principios de derecho mercantil. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1931. 119p.

²⁴⁹ BARBERO DOMENICO. Sistema del Derecho Privado I. Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1967. pág. 92.

*en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el jus moribus constitutum*²⁵⁰

En tanto que, en los denominados usos, no se presentan las características de publicidad y uniformidad que si tiene la costumbre. Estos, se constituyen como conductas observadas por las partes en sus contratos, de ahí que MADRIÑAN, siguiendo a ENNECCERUS los designe como “*usos contractuales y convencionales o de tráfico*”²⁵¹

Ahora bien, entrando en materia nos preguntamos como ya lo hizo en su momento García Máynez “¿Qué debe hacerse cuando no bastan los recursos de la lógica para descubrir el pensamiento del legislador? ¿Es lícito atender a la costumbre o tomar en cuenta criterios de equidad?”²⁵².

Para responder a la interrogante debemos hacer un análisis de las diferentes escuelas que han estudiado la técnica de aplicación del derecho. Así, los defensores de la escuela exegética señalan que la costumbre no es una verdadera fuente del derecho.

Por su parte, Geny no acepta que “*la legislación sea la única fuente del derecho*”²⁵³ *ni que pueda preveer todas las situaciones jurídicas posibles*²⁵⁴. En ese sentido, Geny acepta que la costumbre es una de las fuentes formales del orden jurídico²⁵⁵ por lo que a tenor de su lógica se pregunta *¿qué papel desempeña en los casos no previstos por la ley?*”.

²⁵⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op cit. 61p.

²⁵¹ MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramon Eduardo. Principios de derecho comercial. Temis. Bogotá. 1997. pág. 54.

²⁵² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 53ª edición. México. 2002. Pág. 336

²⁵³ Tesis principista de la escuela exegetica

²⁵⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. 339p

²⁵⁵ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. 343p

Siguiendo a Geny diremos que *“cuando se trata de una costumbre no contraria [a la ley]²⁵⁶, que viene a completarla, llenando sus lagunas, no hay dificultad en admitir la aplicabilidad de la misma (costumbre praeter legem). La dificultad estriba en decidir si las costumbres opuestas a leyes vigentes (contra legem), ya se trate de las que contraríen directa y abiertamente lo estatuido en los preceptos legales, ya de las que simplemente tienden a dejarlos sin efecto, pueden ser consideradas como obligatorias. Mantener aquí el principio de que la costumbre vale lo mismo que la ley, nos llevaría a decidir que entre el derecho consuetudinario y el escrito cuando consagran soluciones opuestas, la fuente más reciente debería, como tal, prevalecer sobre la otra y que, así como una ley posterior quita su obligatoriedad a una costumbre más antigua, la más reciente derogaría la ley anterior o la abrogaría por desuso”²⁵⁷.*

Ahora bien, atendiendo a nuestro tema de estudio, y siguiendo a GARCÍA MAYNEZ, debemos señalar que para solucionar determinadas controversias que pueden suscitarse dentro del contrato de franquicia, en relación con la costumbre, debemos hablar del derecho consuetudinario delegado, en ese sentido se puede aplicar para *“aquellos casos en que la ley remite a la costumbre para la solución de determinadas controversias. En tal hipótesis, la costumbre hallase subordinada al derecho escrito; es como dice Somló, costumbre jurídica secundaria. A la esfera del consuetudinario delegado pertenecen también, según Heinrich, los usos mercantiles”²⁵⁸.*

Cabe destacar que en el caso que nos ocupa no es de aplicación la tesis que señala que se pudiesen aplicar costumbres opuestas a leyes vigentes toda vez que el contrato de franquicia no contiene una norma

²⁵⁶ El añadido es nuestro

²⁵⁷ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. 343p

²⁵⁸ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. 65p

legal que la contenga y segundo porque se considera repudiable pensar que una costumbre pueda dejar sin efecto una ley.

En conclusión, los usos sirven para completar o interpretar la voluntad de las partes sólo en cuanto se estima que han querido acogerse a ellos. Ahora bien, esta facultad electiva excluye la idea de necesidad que se halla indisolublemente ligada a la verdadera costumbre jurídica. De aquí que, lo usos no puedan aplicarse cuando las partes han manifestado una voluntad distinta²⁵⁹.

Finalmente, diremos que los usos y la costumbre jurídica han merecido mención legislativa en:

- El Código Procesal Civil, artículo 190²⁶⁰
- El Código de Comercio, artículo 2²⁶¹
- Ley general del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley N° 26702, artículos 4²⁶²

²⁵⁹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. cit. 66p

²⁶⁰ Artículo 190.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

²⁶¹ Artículo 2.- Régimen jurídico del acto de comercio

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga.

²⁶² Artículo 4.- Aplicación Supletoria de Otras Normas.

Las disposiciones del derecho mercantil y del derecho común, así como los usos y prácticas comerciales, son de aplicación supletoria a las empresas.

4.2. Aplicación del artículo 1353²⁶³ del Código Civil y su relación con los contratos atípicos

El Art. 50 Código de Comercio, en concordancia con el Art. 2 del mismo código, establece la aplicación supletoria del derecho común ante la falta de reglas mercantiles propias para los contratos y las obligaciones, sean de tipo general (aplicables a todos los contratos mercantiles) o específicas (propias de un tipo contractual concreto). Resulta lógico, dada la autonomía (relativa) del Derecho Mercantil respecto del Civil, que sus normas establezcan un sistema de fuentes propias que, en todo caso, podrían variar sus propias normas en determinados ámbitos de su contenido²⁶⁴.

Ahora bien, el artículo 1353° del Código Civil tiene en cuenta la amplia variedad de relaciones contractuales que los contratantes podrían “crear” apartándose de las normas de los contratos ya regulados. En efecto, como lo señala Manuel De la Puente y Lavalle “la dinámica del mercado no puede verse encerrada en el conjunto limitado de contratos que ofrece el ordenamiento jurídico, por eso el propio sistema legal ha sancionado la posibilidad de que los agentes (operadores) del mercado diseñen sus propias relaciones contractuales en sintonía con sus necesidades”²⁶⁵.

De esta manera, el nacimiento de los contratos atípicos es posible no solo porque el ordenamiento lo permite, sino que la ley lo admite porque es una necesidad insoslayable en el tráfico económico; y es que los contratos atípicos derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas, de su evolución más rápida que los

²⁶³ Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

²⁶⁴ ZEGARRA, Álvaro, El Código Civil y los contratos mercantiles. [en línea] <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_12-Codigo-Civil-y-contratos-mercantiles.pdf> [consulta: 10 agosto 2016]

²⁶⁵ GUTIÉRREZ, Walter. Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Perú. Gaceta Jurídica. 2003. Tomo VII. Pág. 22

preceptos contenidos en las leyes. No constituyen, en modo alguno, un irregular proceso evolutivo, sino el normal desenvolvimiento de la vida jurídico-económica²⁶⁶.

No obstante, cabe preguntarse hasta aquí qué se debe entender por contrato atípico. La respuesta la encontramos en lo señalado por Walter Gutiérrez²⁶⁷ al indicar que “son aquellos contratos que no encuentran una regulación positiva, integral y sistemática en el ordenamiento jurídico”²⁶⁸.

Contrario sensu, los tipos contractuales se encuentra alojados, básicamente, en el Código Civil, pero también en algunas leyes especiales a fin de ofrecer a los operadores del mercado, fórmulas legal, social y económicamente aceptadas. De este modo, las partes conocen con anticipación las reglas -derechos y obligaciones aplicables a los negocios que pretenden realizar. Se trata en realidad de operaciones económicas materializadas mediante fórmulas que facilitan las relaciones en el mercado²⁶⁹.

Ahora bien, y en lo que respecta a nuestro tema de estudio señalaremos que dentro de la variopinta clasificación de los contratos,

²⁶⁶ Ibidem

²⁶⁷ GUTIÉRREZ, Walter. Op. cit. 23p

²⁶⁸ Manuel de la Puente precisa que “en primer término, que la regulación ha de hallarse en la ley, es decir, debe ser expresa; tal situación se da no solo cuando un contrato tiene una regulación propia o directa, sino también cuando la tiene por remisión. Es el caso, en muchos sistemas, de la permuta, que como todos sabemos se rige por lo dispuesto en el Código Civil para la compraventa (artículo 1603).

En segundo lugar, que la regulación ha de ser integral, y con ello pretendemos destacar que no es suficiente una regulación fragmentaria del tipo contractual y, por tanto, incompleta, sino que es necesario que el contrato se halle legislado en sus elementos esenciales, de suerte que pueda diferenciársele de otros tipos contractuales.

Por último, con relación a la exigencia de que la regulación sea sistemática, creemos que el contrato no será típico pese a que la totalidad de sus elementos puedan encajar en dos o más contratos típicos, pues para que se pueda hablar de tipicidad deberán entrar todos en una sola figura contractual (3). La razón es simple: cada tipo contractual regula un negocio, es decir, hay una entidad, aunque no siempre exacta, entre el contrato y el negocio

²⁶⁹ Cfr. GUTIÉRREZ, Walter, Código civil comentado por los 100 mejores especialistas, Perú, Gaceta Jurídica, 2003, Tomo VII, Pág. 25

el de franquicia es un contrato mixto²⁷⁰, también denominado complejo, y es precisamente este factor el que dificulta la resolución de algún conflicto que se suscite entre sus partes contratantes.

Para solucionar el problema de la regulación de estos contratos se han diseñado diversas teorías; principalmente tres²⁷¹:

- Teoría de la absorción.- Postula que el contrato (la relación obligatoria) en su integridad, debe ser regulado por las disposiciones que corresponden al tipo contractual que representa la prestación principal. Esta teoría no está libre de críticas, pues, en muchos casos no es fácil determinar cuál es la prestación principal o, peor aún, puede haber más de una prestación con similar jerarquía.
- Teoría de la combinación.- Plantea la aplicación combinada de las normas que regulan las prestaciones de los contratos involucrados. El problema de esta teoría es qué hacer frente al conflicto de normas que compiten en regular una misma situación.
- Teoría de la aplicación analógica.- Según esta teoría, los contratos mixtos no se encuentran, en absoluto, regulados por la ley, por consiguiente las normas particulares de los contratos típicos solo son aplicables por analogía.

Finalmente, como señala Walter Gutierrez “aún queda pendiente el problema de la regulación de los contratos atípicos; esta es la cuestión fundamental del contrato atípico. El asunto reside, entonces, en la determinación de qué normas son prioritariamente aplicables: las

²⁷⁰ Estos contratos resultan de la combinación de elementos de diferentes contratos típicos; tal combinación no se halla regulada positiva, integral y sistemáticamente por la ley y, sin embargo, las partes la quieren como unidad contractual. Es fácil advertir que muchos contratos modernos han nacido de esta manera, convirtiéndose luego en contratos típicos. Tal el caso del leasing, que reúne elementos de la compraventa, del arrendamiento y de la opción.

²⁷¹ GUTIÉRREZ Walter. Op. cit. 27 y 28p

normas generales sobre obligaciones y contratos, o las correspondientes a los contratos típicos que pudieran ser afines”²⁷².

Atilio Alterini²⁷³ señala que para hallar la solución al problema de la regulación e interpretación del contrato atípico se debe:

- Respetar la voluntad de las partes.
- Aplicar las normas generales imperativas sobre contratos y obligaciones.
- Aplicar las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones.
- Aplicar las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico.
- Seguir los usos y costumbres de las plazas²⁷⁴.

Como colofón del presente punto señalaremos que para resolver un problema que se suscita en un contrato atípico podríamos recurrir, como segunda opción, al derecho común conforme a lo dispuesto por el Código de Comercio y en concordancia con el artículo 1353° del Código Civil.

4.3. Aplicación de las normas de contratos afines

Si tomamos algunos antecedentes a nivel de la jurisprudencia comparada podemos señalar que son afines al contrato de franquicia: la compraventa, el suministro, la distribución en exclusiva, el contrato de licencia de marca, el contrato de know how, entre otros. Con la

²⁷² Cfr. GUTIÉRREZ Walter. Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Perú. Gaceta Jurídica. 2003. Tomo VII. Pág. 30

²⁷³ ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. "Contratos atípicos", En: "Contratos especiales en el Siglo XX". Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999, Pág. 16.

²⁷⁴ No olvidemos que la costumbre como fuente formal del derecho tiene plena eficacia, por ello estimamos que debería ser de aplicación prioritaria, por lo que discrepamos con lo señalado por el jurista argentino, más aún si atendemos a la mercantilidad del contrato de franquicia y a lo señalado, sobre el particular, por el código de comercio.

observación anotada, debemos considerar cuál es el fundamento para aplicar los contratos afines a un contrato atípico.

De antemano debemos observar a la jurisprudencia comparada. Así la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 27 de septiembre de 1996 que señala: *“Como todo contrato atípico, en este caso mercantil, se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que formulados, sin duda, en relaciones de buena fe y mutua confianza, debiendo, las mismas, producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica. Y es, por ello, acertado que en la sentencia recurrida, se haya recabado para la determinación de sus efectos contractuales la regulación de un contrato típico como es el de la compraventa mercantil, y en concreto lo que determinan los artículos 325, 332, 336 y 342 del Código de Comercio. Pues una cosa es la equiparación del contrato de franquicia al de compraventa mercantil –que no es posible– y, otra, el que se recurra a las normas reguladoras del contrato de compraventa mercantil para la regulación subsidiaria del contrato atípico de franquicia”*²⁷⁵.

Ahora bien, este recurso de analogía debe hacerse con la mayor prudencia y cautela de forma que serán desechadas todas las normas que respondan a aspectos del contrato regulado que no guarden un fiel paralelismo con aquellos contratos de franquicia a los que se pretende aplicar. Es por ello que será necesario atender a las circunstancias especiales del contrato de franquicia para hacer la aplicación debida²⁷⁶.

En ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo Español en su sentencia de 17 de marzo de 1962 al establecer *“como el código civil*

²⁷⁵ STS 27 de septiembre de 1996. RJ 1996/6646

²⁷⁶ Cfr GÁZQUEZ, Laura. El contrato de mediación o corretaje. Editorial La Ley. 2007. 44p.

no regula de manera especial el contrato... ni alude a él, hay que suplir ese vacío legal aplicando los usos y costumbres... y en cuanto puedan ser pertinentes las reglas de aquellos contratos con los que guarda más analogía...”²⁷⁷.

Sin embargo, y pese a lo ya expuesto, en otras ocasiones los tribunales, a pesar de reconocer la similitud de los contratos entienden que no es posible realizar ésta aplicación analógica. En ese sentido, las Cortes Españolas señalaron que *“al ser un contrato que aun cuando tiene analogías con los de mandato y comisión mercantil y con los arrendamientos de obras y servicios, no es una de esas convenciones; debiendo de considerarse, como antes se ha dicho, como un contrato atípico Facio ut des... que impone a las partes derechos y obligaciones reciprocas, cuya causa es la propia prestación de los indicados servicios y que al no tener normas especiales de la ley que la regulen, se rige por las disposiciones de carácter general...”²⁷⁸.*

En conclusión, la aplicación analógica no es una herramienta que pueda ser usada sin tener en cuenta la configuración social del contrato por lo que el juzgador deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso para resolver las controversias que se susciten en este tipo de contratos.

5. LA NECESIDAD DE LA DACIÓN DE UNA NORMA PARA EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Como colofón de la presente investigación debemos señalar como premisa mayor que el contrato de franquicia no ha merecido una regulación integral dentro de marco jurídico peruano, siendo aplicables para resolver algunas controversias los usos y costumbres y luego contratos afines como los de distribución, agencia, concesión, etc.

²⁷⁷ STS 17 de marzo de 1962

²⁷⁸ GÁZQUEZ, Laura. Op. cit. 45p

No obstante, debemos señalar que el aspecto que si se encuentra normado, aunque no privativamente para nuestra materia de investigación, es lo referente a las franquicias extranjeras y a las inversiones de capitales extranjeros y solo en aquellos aspectos de derecho marcario y propiedad industrial, fuera de esos ámbitos carecemos, como ya se ha señalado en numerosas paginas, de normatividad comercial sobre el particular.

Como premisa menor, debemos señalar cuales son los aspectos que suscitan mayor preocupación y que son generadores de conflictos en el contrato de franquicia, entre ellos tenemos:

- Falta de información al franquiciado:

Brindar una adecuada y transparente información al franquiciado que busca invertir en adquirir una franquicia, es un elemento esencial para que la franquicia pueda desarrollarse con éxito, de acuerdo a las expectativas de las partes.

El franquiciado necesita tener un conocimiento integral del estado de la empresa franquiciante, para operar la franquicia adecuadamente y que se logren los resultados esperados, por lo que el franquiciante deberá brindar al franquiciado información integral de la empresa.

Esta información debe incluir una explicación de la situación de la empresa, balances, estados financieros, descripción del negocio a franquiciar y actividades a realizar, detalles de su parte operativa, administrativa, tecnológica, información detallada acerca de la supervisión de la cadena, manuales operativos, asistencia técnica, monto de la inversión para operar, regalías a pagar, etc.

Dada la importancia de una información transparente y completa al ofertar la franquicia, es que ésta es obligatoria en muchas legislaciones, mediante la circular de oferta de franquicia, como las de Brasil, España o México que lo estipulan específicamente²⁷⁹.

²⁷⁹ ídem

- Falta de transmisión adecuada del know how:

El franquiciante está obligado a poner en conocimiento y práctica al franquiciado con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio, debiendo éste último seguir las instrucciones impartidas, para lograr uniformidad en el producto y en la presentación del mismo al consumidor, operando de acuerdo al formato establecido del negocio.

Esta adecuada transmisión del know how incluye capacitación continua al franquiciado y su personal en los diversos procedimientos operativos, otorgarles manuales operativos del negocio, asistencia técnica, desde la decoración del local, el listado de proveedores, entidades financieras y todos los conocimientos originales del negocio del franquiciante.

La falta de una transmisión adecuada del know how, es una de las causales más frecuentes de resolución de contrato y de que no pueda llegarse a los objetivos trazados al adquirir una franquicia, al ser el know how el elemento esencial en este formato de negocios, pues se trata de “clonar”, “repetir”, operar un formato de éxito establecido, ya conocido de una empresa²⁸⁰.

- Firma de Contratos de adhesión:

Este es un tema ampliamente abordado por los expertos en franquicia y en especial por la doctrina española, pues en muchos casos el contrato de franquicia puede tornarse en un contrato de adhesión.

Siendo que este contrato permite que el franquiciante a través de la posición de dominio en la que se encuentra frente al franquiciado, por su mayor experiencia y conocimiento en el negocio, se ve obligado a firmar un contrato que pueda resultar perjudicial a sus intereses, sin la asesoría necesaria que pueda lograr un equilibrio entre las partes.

²⁸⁰ ídem

Por otra parte, el franquiciado muy pocas veces, por razones diversas, está en condiciones de tratar de negociar el contrato. Por tanto, el contrato de franquicia se convierte en un contrato de adhesión, ya que no existe negociación del contenido del mismo, quedando la redacción en manos del franquiciador²⁸¹.

En síntesis, el mercado de franquicia tiene un enorme potencial pero acarrea numerosos conflictos que no cuentan con una regulación para ser resueltos y que, naturalmente, responda tanto a la naturaleza del contrato como a los intereses de los contratantes. En ese sentido, es altamente inconveniente que los problemas derivados de la contratación de la franquicia sean resueltos aplicando normas de contratos que difieren esencialmente del mismo generándose así lo que nuestra posición pretende evitar, esto es, inseguridad jurídica.

En ese sentido, la inseguridad jurídica afecta los intercambios incrementando estos “costos de transacción”, debido a la incertidumbre que genera respecto a las posibilidades de su cumplimiento. Precisamente, una de las tradicionales justificaciones de las funciones del Estado se encuentra en proveer normas y procesos que faciliten la realización de contratos y permitan resolver a bajo costo las disputas que puedan originarse²⁸².

En ese sentido, proponemos una regulación para la etapa precontractual que posibilite a las partes analizar los beneficios o desventajas de celebrar el contrato; permitiendo con ello que la parte más vulnerable del contrato (franquiciado) pueda conocer la información económica y financiera del franquiciante, su evolución, los litigios pendientes en los que se encuentra inmerso, judicial y administrativamente, y la indicación de lo que efectivamente está siendo ofrecido al franquiciado por el franquiciante, lo

²⁸¹ ídem

²⁸² KRAUSE, Martin Enrique. Inseguridad Jurídica: el conflicto entre los principios económicos y las doctrinas jurídicas. [en línea] <http://works.bepress.com/martin_krause/36/> [consulta: 25 setiembre 2016]

que podemos verificar en el Anexo N° 01 que forma parte integrante de la presente tesis.

CONCLUSIONES

- El contrato de franquicia en Perú es un contrato atípico y por tal razón se rige por los principios generales de los contratos, por el principio de la autonomía de la voluntad privada y por la costumbre. Le son aplicables, 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.
- En el Perú no existe una regulación sistematizada sobre el contrato de franquicia, observándose que en su gestación, desarrollo y culminación se presentan una serie de problemas que no son debidamente abordados por nuestra legislación, generando como natural consecuencia, en el ámbito legal, falta de seguridad jurídica en su ejecución y, en el ámbito práctico, su falta de desarrollo, ello si optamos por una comparativa con otros mercados de franquicia a nivel internacional.
- El contrato franquicia es un contrato *sui generis* y que, de acuerdo a su naturaleza, aglutina en su contratación una serie de elementos que lo hacen único, con un dinamismo propio, alejado de figuras contractuales tales como la concesión mercantil, el contrato de distribución, la cesión de marca, entre otros y que, por esa misma razón, aplicar la regulación de éstos a aquel resultaría completamente ineficiente y acaso perjudicial para su desarrollo, más aún si tenemos en cuenta que podríamos considerar al contrato de franquicia como un ejemplo de contratación coligada.
- Existen ciertas leyes en el país que actualmente enmarcan la operatividad de las franquicias de acuerdo a las normas vigentes. Sin embargo, la existencia de estas normas no es suficiente para otorgar una plena seguridad jurídica a los contratantes y menos aún promocionar este modelo como una opción para expandir un negocio. Al no existir un parámetro legal y/o ético que regule específicamente a las franquicias, estamos expuestos a que con el crecimiento del sector también se acrecienten el número de conflictos y estas normas básicas y generales no sean suficientes para ciertos supuestos.

- A nivel de derecho comparado existen dos grandes corrientes que tienen enfoques distintos sobre la regulación del contrato de franquicia: el primero, menos intrusivo, más permeable a aceptar la voluntad contractual de los intervinientes y que hace hincapié en la génesis del contrato, esto es en la oferta de la franquicia; el segundo, más amplio en su regulación, menos dado a la libertad contractual, puntualizando en su regulación a cada uno de los elementos del contrato, ya sean personales o reales.
- Las razones que se pueden argumentar para sustentar una posible regulación del contrato de franquicia estriban en el aumento de la seguridad jurídica en su contratación, posibilidad de incrementar la economía del país con la inversión proyectada ante la instalación de nuevas franquicias, posibilidad de que empresarios nacionales puedan exportar sus franquicias y eliminación de obstáculos jurídicos por la casi nula regulación sobre la materia.

RECOMENDACIONES

- Proponemos que el ente regulador de INDECOPI, amplie el registro de franquicias, y que no solo permita registrar franquicias extranjeras sino también nacionales, que cada día vienen en aumento, permitiendo a los terceros interesados obtener información de las franquicias que se han registrado en el país.
- A fin de dar mayor seguridad jurídica al contrato se podría regular las causales de resolución del mismo como son: la muerte o incapacidad de cualquiera de las partes; deberá existir justa causa para resolver el contrato dentro del plazo de su vigencia original con una antelación de cuarenta y cinco (45) días calendarios, en los contratos que se pactan por tiempo indeterminado, el preaviso debe darse de manera que la rescisión se produzca, cuando menos, al cumplirse el tercer año desde su concertación, entre otras.
- Así mismo, creemos conveniente que si las partes incumplen con la etapa pre contractual propuesta en la norma de la presente tesis, podrá ser causal de resolución del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Contratos Modernos. Primera edición. Perú. 1999. Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
2. ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Exegesis del código civil 1984. Contratos parte general tomo I. 2da ed. Lima, Gaceta Jurídica.
3. ALTERINI, Atilio Aníbal y LÓPEZ CABANA, Roberto. "Contratos atípicos", En: "Contratos especiales en el Siglo XX". Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1999.
4. BARBERO DOMENICO. Sistema del Derecho Privado I. Traducción de SANTIAGO SENTIS MELENDO. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1967.
5. BARBADILLO DE MARÍA, Santiago. Invertir en franquicias. Gestión. España. 2009.
6. BRAVO MELGAR, Sidney Alex. Contratos Modernos Empresariales. 2da edición. Perú. Editorial San Marcos. 1998. 31p.
7. BRAVO MELGAR, Sidney A. Contratos atípicos e innominados. Perú, Ediciones Legales Iberoamericana E.I.R.L. 2003.
8. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 25° Edición, Buenos Aires, República Argentina, Heliasta SRL, 1997, Tomo VI.
9. CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. 2005. Régimen Jurídico Aplicable a los Contratos Atípicos en la Jurisprudencia Colombiana. REVIST@ e – Mercatoria.
10. CARVALLO YÁÑEZ, Erick y LARA TREVIÑO, Enrique. Formulario Teórico-Práctico de contratos Mercantiles. 5a Edición. México. Porrúa. 2007.
11. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Contrato en General. Tomo I. Lima, Palestra editores, 2003.
12. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
13. El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial PUCP. Lima. Perú. 2006.

14. FARIÑA, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresarial. 3RA Edición. Buenos Aires. Astrea editores. Tomo I. 2005.
15. FERENZ FEHER Tocatli y GALLASTEGUI, Juan Manuel. Las franquicias, un efecto de la globalización, 100 preguntas, 100 respuestas. México. Mc Graw Hill.
16. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El supuesto de la denominada autonomía de la voluntad. Gaceta Jurídica Revista de Actualidad Jurídica. tomo 75-B, 16: febrero 2000
17. FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*, Buenos Aires, Astrea, 1981,
18. FORWARD, J. FULOP C., "Elements of Franchise' Service Industries Journal Vol 13. No. 4, 1993, pp.159-78.
19. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. 53ª edición. México. 2002.
20. GILBERTO VILLEGAS, Carlos. Contratos Mercantiles y Bancarios. 1ra edición. Buenos Aires. Edición del autor. Tomo 1. 2005.
21. GUARDIOLA ZACARRERA, Enrique. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Barcelona. Casa Editorial. 1998.
22. GUTIÉRREZ, Walter. Código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Perú. Gaceta Jurídica. 2003. Tomo VII.
23. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Tratado de Derecho Mercantil. 1ra edición. Lima. Gaceta Jurídica. Tomo III, 2005.
24. KAHN, Michel. Franchising y Parteneriado. 3ra edición. Astrea. Buenos Aires. 1998.
25. KELSEN, Hans. El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho. 1a ed. México, Coyoacán. 2007.
26. KLEIDERMACHER, Jaime. Franchising Aspectos Económicos y Jurídicos. Argentina, Abeledo Perrot, 1993.
27. LALAGUNA, Enrique. La libertad contractual. Revista de Derecho Privado, Vol. II. (883): octubre 1972.
28. LOPEZ GUZMAN, Fabián. El contrato de franquicia internacional. Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2005.

29. LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Las nuevas figuras contractuales. Apuntes de Clases. Universidad Católica de Valparaíso. sin editar. 1978.
30. LÓPEZ, Fernando. Teoría De Los Contratos. Tomo I. 4ta Edición. Buenos Aires. Zavalia Editor. 1993.
31. LUDENÑA ALMEYDA, Yuly. "EL boom de las franquicias en el Perú ¿es tiempo de una regulación jurídica o aún no?", publicado en LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, 2012..
32. MARZORATI, Osvaldo. Derecho de los negocios internacionales. 3ra edición. Buenos Aires. Astrea. tomo II. 2003.
33. MARZORATI, Osvaldo. Franchising. Editorial Astrea. 2001.
34. MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón Eduardo. Principios de derecho comercial. Temis. Bogotá. 1997.
35. MIRANDA GUTIÉRREZ, Edmundo y ZÁRATE RODRÍGUEZ, Milagros De Jesús. Manual de contratos especiales: típicos y atípicos. Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga. 2004.
36. MONTOYA ALBERTI, Ulises y MONTOYA ALBERTI, Hernando. Derecho Comercial. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2006.
37. ORTEGA GIMENEZ, Alfonso. El contrato de franquicia internacional. vLex International - Núm. 4. Enero 2009.
38. ROCCO ALFREDO. Principios de derecho mercantil. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1931.
39. RODRÍGUEZ CANO, Alberto. Contratos mercantiles. 3ra edición. Pamplona, España. Thomson Aranzadi. Volumen I. 2007.
40. SANDOVAL, Ricardo. Derecho Comercial. 7ma Edición. Santiago – Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2010.
41. Seguridad Jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios. Marcial Pons Editor. Madrid. España. 1994.
42. SIMÓN HOCSMAN, Heriberto. Contratos Modernos de Distribución Comercial. 1ª ed. Buenos Aires. Argentina. Lexis Nexis. 2007.
43. SPOTA, Alberto G. "Instituciones del Derecho Civil. Contratos", Tomo I, II, III, Buenos Aires, De Palma, 1975
44. VICENT CHULIA, Francisco. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tomo II. Valencia. 1982.

LINCOGRAFÍA

45. ALCÁZAR, Enrique. (2016). Ventajas y Desventajas de las Franquicias. <<http://www.soyentrepreneur.com/2201-ventajas-y-desventajas-de-las-franquicias.html>>
46. ALVAREZ, Raquel; GIACALONE, Rita y SANDOVAL, Juan Manuel. Globalización, Integración y Fronteras en América Latina. Biblioteca Virtual Andina. <<http://www.comunidadandina.org/bda/docs/ve-int-0001.pdf>>.
47. Asociación Brasileña de Franquicias. Franchising Brasil. <<http://www.franchisingbrasil.com/institucional/abf/?lang=es>>.
48. Asociación Española De Franquiciadores (A.E.F.). <<http://www.franquiciadores.com/que-es-la-aef/quienes-somos/>>
49. BESHÉL Bárbara. An Introduction to franchising. 2010. The IFA Educational Foundation. <http://www.trade.gov/sabit/static/Introduction%20to%20Franchising-IFA-Eng_Latest_tg_sabit_005404.pdf>
50. BORDEN LADNER GERVAIS BLG. Actividades Comerciales en Canadá. Introducción a los aspectos legales relacionados con invertir y establecer un negocio en Canadá. <https://www.blg.com/en/NewsAndPublications/Documents/Actividades_comerciales_en_Canada.pdf>
51. Cámara de Comercio de Santiago. Franquicias aportan el 9.47% al PIB del Comercio. 09 de junio del 2016. <<http://www.ccs.cl/prensa/2016/06/Comunicado%20Franquicias%202016.pdf>>
52. Cámara Peruana de Franquicias. Sector franquicias en Perú crecerá 20% en 2015. PQS PORTAL.2015. <<http://pqs.pe/economia/sector-franquicias-en-peru-crecimiento-2015>>.
53. Cámara Santa Cruz de Tenerife. Tipos de Franquicia. <<http://www.creacionempresas.com/franquicia/aspectos-generales/tipos-de-franquicias>>
54. Centro de Franquicias VALENCIA Hoyos y Asociados. Buenas Prácticas en Franquicia. <<http://www.valenciahoyos.com/paginas/buenas-practicas>>

55. Código Deontológico Europeo De Franquicia. Mundo Franquicia.com
<http://www.mundofranquicia.com/normativalegal/Codigo_Deontologico_Europeo_de_Franquicia.pdf>
56. DE POMAR SHIROTA, Juan Miguel. Seguridad Jurídica y Regimen Constitucional. <http://www.ipdt.org/editor/docs/08_Rev23_JMDPS.pdf>
57. DIARIO EL COMERCIO. ¿Iniciarás tu propio negocio? Dale una mirada a las franquicias. 18/03/2015.<<http://elcomercio.pe/economia/peru/iniciaras-tu-propio-negocio-dale-mirada-franquicias-noticia-1798121>>
58. DIRECCIÓN DE ASESORÍA JURÍDICA. La Seguridad Jurídica.<<http://www.regionmoquegua.gob.pe/archivos/comunicados/LA%20SEGURIDAD%20JURIDICA.pdf>>
59. Franquicias peruanas, los riesgos de un negocio sin ley. <<https://lamula.pe/2011/06/18/franquicias-peruanas-los-riesgos-de-un-negocio-sin-ley/periodistaonline/>>
60. Franquicias vs Negocio independiente. Entrepreneur. <<https://www.entrepreneur.com/article/263912>>
61. GALLÁSTEGUI, Juan Manuel. Historia del nacimiento de la Federación Iberoamericana de Franquicias. Federación Iberoamericana de Franquicias. Recuperado el 28 de mayo del 2016. <<http://www.portalfiaf.com/quem-somos/>>
62. GERENCIE.COM. Seguridad Jurídica. <<http://www.gerencie.com/seguridad-juridica.html>>
63. GONZALEZ MULETT, Ruth. Análisis sobre la necesidad de adoptar una regulación específica para la franquicia comercial en Colombia. Colombia. Universidad Pontificia Javeriana <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere10/tesis41.pdf>>
64. Guía para exportar a Rusia. Colombia <http://aeue.weebly.com/uploads/3/8/8/5/3885199/guia_para_exportar_a_rusia.pdf>
65. Guías Jurídicas, Contratos atípicos e innominados. <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjQ2NDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAF-Sn-jUAAAA=WKE>

66. HERNÁNDEZ FRAGA, Katiuska. El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus Límites y Limitaciones. Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa. <<http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.html>>
67. Instituto de Derecho dependiente de las Naciones Unidas. <<http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law>>.
68. J&A GARRIGUES S.L.P. Cambios recientes en la normativa de franquicias de la República Popular China. News e-mail. Julio 2012. <<http://blog.bancosabadell.com/files/lanormativadefranquiciaenchina.pdf>>
69. KRAUSE, Martin Enrique. Inseguridad Jurídica: el conflicto entre los principios económicos y las doctrinas jurídicas. <http://works.bepress.com/martin_krause/36/>
70. La regulación legal de las franquicias en el Reino Unido. <<http://resumenes.eu/index.php?newsid=137177>>
71. Lamula.pe. Franquicias peruanas, los riesgos de un negocio sin ley. <<https://lamula.pe/2011/06/18/franquicias-peruanas-los-riesgos-de-un-negocio-sin-ley/periodistaonline/>>.
72. Lawyer, El contrato de Franquicia: Multiplicador de Negocios. Tomado un extracto <<http://revistalawyer.com/index.php/practica-juridica/item/1266-el-contrato-de-franquicia-multiplicador-de-negocios>>
73. MARTINEZ CASADO, Manuel. Franquicias: la regulación normativa en España. Derecho Mercantil, Económico y Empresa, Jurídico. 21 de diciembre 2011. <<http://queaprendemoshoy.com/franquicias-la-regulacion-normativa-en-espana/>>
74. La República, Negocio de las Franquicias en riesgo por falta de ley <<http://larepublica.pe/22-07-2011/negocio-de-las-franquicias-en-riesgo-por-falta-de-ley>>
75. LOAYZA, Norman V. El crecimiento económico en el Perú. Departamento de Investigación Banco Mundial. Economía Vol. XXXI, N° 61, semestre (2008). 9-25p <<http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/economia/article/viewFile/477/468>>.

76. MARZORATI, Oswaldo. Ley de Franquicias comerciales: un marco legal para asegurar el modelo de negocios probado. Argentina. Asociación Argentina de Marcas y Franquicias. <<http://www.aamf.com.ar/noticias/ley-set15.html>>
77. Merriam – Webster, Enciclopedia Britannica Company. <<http://www.learnersdictionary.com/definition/franchise>>.
78. MIRANDA, Elizabeth. Asociación de Franquicias Reino Unido. <http://spanish.wsicorporate.com/article/Asociaci_n_de_Franquicias_Reino_Unido>
79. MONTES, Daniel. Las Franquicias en el Mundo Esto es Marketing. Lunes, 15 de febrero de 2010. <<http://daniel-montes.blogspot.pe/2010/02/las-franquicias-en-el-mundo.html>>
80. NAVAS HERRERA, María y Mosquera Moreno, Andrés. El Contrato de Franquicia: Aportes y tendencias en el Derecho Comparado sobre la responsabilidad del franquiciado. Colombia. Vniversitas. <<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n119/n119a17.pdf>>
81. Norma Técnica Colombiana. Franquicias. Requisitos Generales para la etapa precontractual, contractual y post contractual de una franquicia. Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. 2011. <<http://tienda.icontec.org/brief/NTC5813.pdf>>
82. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Ley de la Propiedad Industrial de México. <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=264465>
83. PANDO, Carmen. El Contrato de Franquicia. <<http://chile-franquicias.blogspot.pe/2008/06/el-contrato-de-franquicia.html>>
84. PÉREZ, Gabriel. Contrato de Franquicia. Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación. 2016. <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseFranqGP.htm>>
85. Perspectiva Global de las franquicias en el Derecho Comparado. México. <http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/de_l_a/capitulo5.pdf>.
86. PISCO DE FIGUEIREDO, Jorge Luis. Responsabilidad del franquiciante ante el personal del franquiciado a la luz del art. 30 LCT. . Argentina. Universidad de Belgrano. <<http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/2515>>

87. QUIÑONES ORÉ, Daniel. Autonomía Privada, Autoregulación de intereses y Acto programático: Su relación con el negocio Jurídico. Disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wLJJEgvabt0J:hhttps://issuu.com/tallerleonbarandiaran/docs/autonomia_privada__autorregulacion_+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>
88. QUIROGA, Andrés Felipe. Regulación del Contrato de Franquicia en Colombia. La República. 5 de julio, 2014. http://www.larepublica.co/regulaci%C3%B3n-del-contrato-de-franquicia-en-colombia_141831
89. Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero de 2010, Por el que se Regula el Ejercicio de la actividad Comercial en Régimen de Franquicia y la Comunicación de datos al Registro de Franquiciadores. <<http://www.creacionempresas.com/franquicia/114-/577-real-decreto-4192006-de-7-de-abril>>
90. RAMIREZ HURTADO, José y QUATTROCIOCCHI, Bernardino. El Sistemade franquicias en Italia una oportunidad de internacionalización para las enseñas españolas. <http://www.mercasa.es/files/multimedios/pag_077-084_Italia.pdf>
91. REVISTA ENCICLOPÉDICA TRIBUTARIA OPCIONES LEGALES. Contrato de franquicia. Fiscales - Núm. 24, Noviembre 2010. VLEX México información jurídica inteligente. Pág. 10 -12. <<http://vlex.com/vid/232631921>>
92. RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. y otros. Contratos de Distribución. <<http://www.derechocomercial.edu.uy/ContratosDistribGeneral.htm>>
93. MOREJON GRILLO, Ailed. El Contrato de Franquicia. Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez". <http://www.adizesca.com/site/assets/en-el_contrato_de_franquicia-am.pdf>
94. RODRÍGUEZ, Alberto, CREAR EMPRESAS. 2016. [en línea]<<http://www.crear-empresas.com/franquicias>>
95. SABOGAL BERNAL, Luis Fernando. Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia. REVIST@ e – Mercatoria Vol. 4, Número 1 (2005).<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625833.pdf>>
96. Sector franquicias en Perú crecerá 20% en 2015. PQS PORTAL. <<http://pqs.pe/economia/sector-franquicias-en-peru-crecimiento-2015>>

97. SERVICIOS AL EXPORTADOR. Guía de Mercado Canadá Sector Servicios. Perú. Prom Perú. <<http://www.siicex.gob.pe/siicex/resources/sectoresproductivos/GM%20servicios%20-%20Canad%C3%A1%202013.pdf>>.
98. Serperuano.com. Urge ley de franquicias en el Perú que garantice el adecuado desarrollo de los negocios nacionales. <<http://www.serperuano.com/2013/01/urge-ley-de-franquicias-en-el-peru-que-garantice-el-adecuado-desarrollo-de-los-negocios-nacionales/>>
99. Servicio Creación de empresas. Legislación sobre Franquicias. Argentina. <<http://www.creacionempresas.com/franquicia/101-/544-legislacion-sobre-franquicias>>
100. VILLAGRAN, Leonidas. Aspectos legales de la franquicia en Ecuador. <<http://www.aefran.org/aspectoslegales.html>>
101. ZAMBRANO TORES, Alex R. La Libertad de Empresa como derecho Constitucional. <<http://alexzambrano.webnode.es/products/la-libertad-de-empresa-como-derecho-constitucional/>>
102. ZEGARRA, Álvaro, El Código Civil y los contratos mercantiles. <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_12-Codigo-Civil-y-contratos-mercantiles.pdf>

TESIS

103. YOVERA LEÓN, Jenny Marilú. Regulación Jurídica del Contrato de Franquicia en el Perú. Tesis. (Título de Abogada). Lambayeque, Perú. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Facultad de Derecho. 2011.
104. CARRASCO, Pablo. El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos Jurídicos Económicos. Tesis (Doctor en Derecho). Quito, Ecuador. Universidad Internacional SEK, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2005.

105. MONCAYO, Oswaldo y Cabanilla, Enrique. Las Franquicias en Ecuador.2007. Tesis (Maestría en el Postgrado de Gestión de Desarrollo del Turismo). Ecuador. Universidad de Especialidades Turísticas UCT, 2007.
106. URQUIDI MERCY, Fernando. Lineamientos fundamentales para la Regulación Jurídica del Contrato de Franquicia en Bolivia. Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Internacional Económico). Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. <
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3262/1/T1212-MDE-Urquidi-Lineamientos.pdf>>

JURISPRUDENCIA

- STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16
- STC 01963-2006-AA/TC
- STC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC
- Exp. 10063-2006-AA FJ 35,36
- STS 27 de septiembre de 1996. RJ 1996/6646
- STS 17 de marzo de 1962
- Corte Suprema (Exp. No. 942-88 Lima. En: Jurisprudencia Civil, Editorial Normas Legales, Trujillo 1993).
- Sentencias de fechas 30 de Abril y 04 de Julio de 2003, publicadas en el diario oficial El Peruano con fechas 15 de Mayo y 31 de Agosto de 2003

NORMAS

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 26887- Ley General de Sociedades de Perú.
- Decreto Legislativo N° 295- Código Civil Peruano
- Ley N° 46. RO/ 219- Ley de Promoción y Garantía de Inversiones de Ecuador.
- Decreto 410 de 1971- Código de Comercio de Colombia.
- Ley 57 de 1887- Código Civil de Colombia.
- Bürgerliches gesetzbuch (Código Civil Alemán)

- Reglamento CE 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE

ANEXO N° 1

PROYECTO DE LEY PARA REGULAR EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Artículo 1°.

1.1. Los acuerdos de franquicia se registrarán por esta ley.

Artículo 2°.

- 2.1. Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.
- 2.2. El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás signos distintivos comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.
- 2.3. El franquiciante no puede tener participación accionaria o control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

Artículo 3°.

- 3.1. Cuando el franquiciante esté interesado en la aplicación del sistema de negocio de franquicia, debe proporcionar una circular de oferta de la franquicia al interesado en convertirse en un franquiciado, por escrito y en un lenguaje claro y accesible, que contenga necesariamente la siguiente información:
 - 3.1.1. Breve historia, forma societaria y la denominación o la razón social del franquiciante e información de todas las empresas a las cuales esté directamente vinculado así como sus denominaciones o razones sociales y direcciones;

- 3.1.2. Los balances y demás estados financieros de la empresa franquiciante durante los últimos dos ejercicios económicos;
- 3.1.3. Indicación precisa de todos los litigios pendientes en los que esté implicado el franquiciante, las empresas controladoras y los titulares de marcas, patentes y derechos de autor relacionados con la operación y sus sub-franquiciantes, en los que se cuestione específicamente el sistema de franquicia o que puedan directamente imposibilitar la operación de la franquicia;
- 3.1.4. Descripción detallada de la franquicia, descripción general de la empresa y las actividades a realizar por el franquiciante;
- 3.1.5. Perfil del franquiciado ideal en cuanto se refiere a su experiencia previa, nivel de educación y otras características que debería tener obligatoria o preferentemente;
- 3.1.6. Requisitos para la participación directa del franquiciado en la operación y administración del negocio;
- 3.1.7. Especificaciones sobre:
 - 3.1.7.1. El total estimado de la inversión inicial necesaria para la adquisición, instalación y puesta en marcha de la franquicia;
 - 3.1.7.2. El valor de la cuota inicial o cuota de franquicia y de la garantía; y
 - 3.1.7.3. El valor estimado de las instalaciones, equipos y existencias iniciales y sus condiciones de pago;
- 3.1.8. Información clara sobre las cuotas periódicas y otros importes a pagar por el franquiciado al franquiciante o a terceros por los conceptos detallados anteriormente, indicando las respectivas bases de cálculo y lo que pagan o la finalidad para la que están destinados, indicando específicamente la siguiente información:
 - 3.1.8.1. El pago periódico por el uso del sistema, la marca o por el cambio de los servicios efectivamente prestados por el franquiciante al franquiciado (regalías);
 - 3.1.8.2. El alquiler de equipos o punto comercial;
 - 3.1.8.3. La tasa por derecho de publicidad o similar;
 - 3.1.8.4. El seguro mínimo; y

- 3.1.8.5. Otras cantidades debidas al franquiciante o a terceros que estén relacionados;
- 3.1.9. Relación completa de todos los franquiciados, sub-franquiciados y sub-franquiciantes de la red, así como aquellos que la dejaron en los últimos doce meses, con nombre, dirección, número de teléfono y correo electrónico;
- 3.1.10. En relación con el territorio, debe especificarse lo siguiente:
 - 3.1.10.1. Si se garantiza la exclusividad o preferencia al franquiciado sobre determinado territorio de la operación y, en caso afirmativo, en qué condiciones lo hace; y
 - 3.1.10.2. Posibilidad de que el franquiciado realice ventas o preste servicios fuera de su territorio o lleve a cabo operaciones de exportación;
- 3.1.11. Información clara y detallada sobre la obligación del franquiciado para comprar bienes, servicios o los insumos necesarios para la implementación, operación o administración de su franquicia, sólo a los proveedores propuestos y aprobados por el franquiciante, ofreciendo al franquiciado la relación completa de esos proveedores;
- 3.1.12. Indicación de lo que efectivamente está siendo ofrecido al franquiciado por el franquiciante, en relación con:
 - 3.1.12.1. La supervisión de la red;
 - 3.1.12.2. Servicios de asesoramiento y otros servicios prestados al franquiciado;
 - 3.1.12.3. La formación del franquiciado, especificando la duración, el contenido y los costos;
 - 3.1.12.4. La capacitación de los empleados del franquiciado;
 - 3.1.12.5. Los manuales de franquicia;
 - 3.1.12.6. La ayuda en el análisis y elección del lugar donde se instalará la franquicia; y
 - 3.1.12.7. El diseño y los patrones arquitectónicos en los locales del franquiciado;
- 3.1.13. Situación ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) sobre las

marcas o patentes cuyo uso está siendo autorizado por el franquiciante;

3.1.14. Situación del franquiciado después de la culminación del contrato de franquicia, en relación con:

3.1.14.1. Los conocimientos técnicos o secretos industriales a los que ha podido tener acceso debido a la franquicia; y

3.1.14.2. La ejecución actividades que compitan con el franquiciante;

3.1.15. Modelo de contrato y, en su caso, también el pre-contrato de la franquicia estándar aprobado por el franquiciante, con texto completo, incluyendo sus anexos y fecha de caducidad.

Artículo 4°.

4.1. La circular de oferta de la franquicia deberá ser entregada al posible franquiciado al menos quince (15) días antes de la firma del contrato de franquicia o del pre-contrato o el pago de cualquier tipo de tasa realizada por el franquiciado al franquiciante o a la empresa o persona relacionada con éste.

4.2. En caso de incumplimiento de las disposiciones del presente artículo, el franquiciado puede alegar la nulidad del contrato y exigir de devolución de todas las cantidades que ya ha pagado al franquiciante o a terceros por el indicados, a título de la cuota de afiliación y regalías, debidamente ajustado por el índice de precios al consumidor más pérdidas y daños.

Artículo 5°.

5.1. El franquiciante responde por los defectos de diseño del sistema, que causan daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado.

Artículo 6°.

6.1. Las disposiciones de esta ley se aplican a los sistemas de franquicia instalados y operados dentro del territorio nacional.

Artículo 7°.

7.1. Las partes del contrato son independientes, y no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia:

- 7.1.1. El franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario;
- 7.1.2. Los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral;
- 7.1.3. El franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia. El franquiciado debe indicar claramente su calidad de persona independiente en sus facturas, contratos y demás documentos comerciales; esta obligación no debe interferir en la identidad común de la red franquiciada, en particular en sus nombres o rótulos comunes y en la presentación uniforme de sus locales, mercaderías o medios de transporte.

Artículo 8°.

8.1. Esta ley entra en vigor sesenta (60) días después de su publicación.