

ARBITRAJE EN FRANQUICIAS

Volumen 125 Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Arbitraje en franquicias

Gerson del Castillo Gamarra

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ARBITRAJE EN FRANQUICIAS

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, febrero 2026
Tiraje: 300 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2026-01546

ISBN: 978-612-4400-78-0
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Nota del editor	13
Introducción	17
Capítulo I	
El contrato de franquicia	
1. ¿Qué es la franquicia?	19
2. Situaciones generales y económicas de la franquicia	21
3. Motivos por los que franquiciar	22
3.1. Oportunidad de negocio	23
3.2. Necesidad de crecimiento con nuevos locales	23
3.3. <i>Marketing</i>	24
3.4. Economía de escala	24
3.5. Competitividad	24
3.6. Éxito del negocio	25
4. Concepto del contrato de franquicia	25
5. Características del contrato	27
5.1. Contrato atípico	27
5.2. Contrato complejo	28
5.3. Contrato con prestaciones recíprocas	29
5.4. Contrato oneroso	30
5.5. Contrato principal	30
5.6. Contrato de duración y de ejecución continuada	31

5.7. Contrato por escrito	32
5.8. Contrato por adhesión	33
6. Estipulaciones del contrato	35
6.1. Identificación de las partes	36
6.2. Objeto contractual	36
6.3. Las contraprestaciones	36
6.4. La territorialidad	37
6.5. Cesión de derechos	37
6.6. Plazo contractual y renovación	38
6.7. Obligaciones y derechos nacidos del contrato	39
6.8. El uso de los programas de ordenador	39
6.9. Capacitación y asistencia técnica	39
6.10. La publicidad	40
6.11. Independencia de los contratantes	40
6.12. Información contable	41
6.13. Seguros y garantías	41
6.14. Propiedad intelectual	42
6.15. El <i>know how</i> y el <i>good will</i>	46
6.16. Confidencialidad y no competencia	50
6.17. Notificaciones	51
6.18. Resolución contractual e indemnización	52
6.19. Derecho aplicable y resolución de conflictos	53
7. Clases de contratos de franquicia	53
7.1. Franquicias de servicios	54
7.2. Franquicias de distribución	54
7.3. Franquicias industriales	55

ARBITRAJE EN FRANQUICIAS	9
7.4. Franquicia de córner	55
7.5. Franquicia principal o máster	56
8. Componentes de la franquicia	57
8.1. Documentos informativos	58
8.1.1. Dossier informativo o Circular de Oferta de Franquicia (COF)	58
8.1.2. Cuestionario de candidatura	59
8.1.3. La entrevista	59
8.2. Inversión inicial	59
8.3. Canon de entrada	60
8.4. Regalías	60
8.5. <i>Fee</i> publicitario	61
8.6. Asistencia técnica	62
9. Diferencias con otro tipo de contratos	62
9.1. Contrato de <i>joint venture</i>	63
9.2. Contrato de distribución	64
10. Derechos y obligaciones de las partes	65
10.1. Derechos del franquiciante	65
10.2. Derechos del franquiciado	66
10.3. Obligaciones del franquiciante	67
10.4. Obligaciones del franquiciado	68
11. Manuales de franquicia	68
11.1. Manual de operaciones	69
11.2. Manual de inducción	69
11.3. Manual de apertura	69
11.4. Manual de imagen corporativa	70
11.5. Manual de logística	70

Capítulo II

Arbitraje en franquicias

1.	Solución de controversias en franquicias	71
1.1.	Negociación	71
1.2.	Mediación	73
1.3.	Conciliación	74
1.4.	Poder Judicial	75
2.	Arbitraje	76
2.1.	Concepto	77
2.2.	Motivos para acudir a arbitraje en franquicias	79
2.2.1.	Celeridad	79
2.2.2.	Confidencialidad	79
2.2.3.	Flexibilidad	80
2.2.4.	Especialidad	81
2.2.5.	Independencia e imparcialidad	81
2.2.6.	Laudo con calidad de cosa juzgada	82
2.2.7.	Medidas cautelares	83
2.2.8.	Reconocimiento y ejecución del laudo	84
2.3.	Arbitrabilidad en las franquicias	84
2.3.1.	Arbitrabilidad objetiva	85
2.3.2.	Arbitrabilidad subjetiva	86
2.4.	Árbitros en franquicia	88
2.5.	Convenio arbitral	89
2.6.	Norma aplicable	94
2.7.	Competencia en el arbitraje de franquicias	96
2.8.	Laudo arbitral en franquicias	99

ARBITRAJE EN FRANQUICIAS	11
3. Causas que derivan en arbitraje	103
3.1. Incumplimiento del <i>know how</i>	103
3.2. Incumplimiento de garantizar o realizar el suministro de los bienes o servicios detallados en el contrato	109
3.3. Incumplimiento de realizar la asistencia y capacitación al franquiciado de forma total o completa	110
3.4. Incumplimiento de licencia del uso de elementos de propiedad intelectual del franquiciante	112
3.5. Incumplimiento del respeto a la exclusividad	115
3.6. Incumplimiento del pago de obligaciones contractuales como canon y regalías	118
3.7. Incumplimiento de no cubrir el daño a terceros	120
3.8. Menguar o dañar la imagen de la marca	122
3.9. Impedir la realización de visitas o fiscalización del franquiciante	124
3.10. Impedir la realización de visitas o fiscalización de autoridades públicas o privadas	126
3.11. Incumplimiento de la obligación de no competencia	127
3.12. Incumplimiento de mantener la confidencialidad	129
3.13. Incumplimiento de mantener <i>stock</i> y condiciones	131
3.14. No realizar publicidad y promoción	132
3.15. No respetar el plazo contractual	135
3.16. Caso fortuito o fuerza mayor	137
3.17. Abuso e injustificado uso de la cláusula de penalidad	140
3.18. La no renovación del contrato	142
3.19. Ausencia o defectos de representación	143
3.20. Adulteración de información contable y de ingresos	143
3.21. Cesión de la posición contractual	146
3.22. Error de colocar un centro de arbitraje no competente	149

3.23. Incumplimiento de obligaciones fiscales y laborales	151
3.24. Cierre de instalaciones del arrendador	153
4. Casos de arbitrajes de franquicias	156
4.1. Laudos arbitrales	158
Conclusiones	165
Bibliografía	169

NOTA DEL EDITOR

La *Biblioteca de Arbitraje* presenta en esta oportunidad su volumen 125, titulado *Arbitraje en franquicias*, cuyo autor es el profesor Gerson del Castillo Gamarra.

Se trata de una obra muy interesante sobre la materia y constituye la primera vez que nuestra colección publica un libro que relacione de manera orgánica el tema del arbitraje y las franquicias. Él es prueba palpable del infinito avance del arbitraje en la sociedad y en las más diversas modalidades contractuales que se presentan en nuestros días.

De ahí la importancia que tiene este libro, en el que su autor explora la materia de manera tan exhaustiva, sin duda, desde la experiencia personal, académica y profesional.

Ponemos este volumen 125 al alcance del medio jurídico, al que reiteramos nuestro permanente agradecimiento por seguir nuestra colección desde el 2006.

Lima, diciembre de 2025

Mario Castillo Freyre *
Director de la *Biblioteca de Arbitraje*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número y Vicepresidente de la Academia Peruana de Derecho; Profesor Principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú; Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje, Biblioteca de Derecho y Biblioteca de Arbitraje - Serie Digital de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa www.castillofreyre.com

A mi hija Almendrita, cuya llegada la convirtió en mi mayor motivo de felicidad y amor.

A mi esposa Ibeth, por su gran apoyo y por ser mi compañera de toda la vida.

INTRODUCCIÓN

El actual momento empresarial en el mundo ha generado las inquietudes de nuevos empresarios en hacer un negocio próspero, pero muchos de ellos han pensado en no comenzar de cero sin conocimientos, por lo que optan conseguir la empresa de un tercero que quieren replicar, utilizando sus conocimientos y signos distintivos de forma legal. Estamos hablando del contrato de franquicia.

Este tipo de contrato tiene muchas cláusulas especiales que lo diferencia a los demás contratos comunes. Son cláusulas que tienen que ser respetadas irrestrictamente por el franquiciado, porque en ello radica el éxito del franquiciante. Es por ello la naturaleza de este tipo de contratos de no inventar, no cambiar, sino únicamente hacer caso a los manuales e instrucciones del franquiciante para el desarrollo del negocio.

Durante la ejecución contractual pueden surgir un sinnúmero de problemas que generan controversia entre las partes donde, según el tipo de inconveniente, el contrato prevé diferentes formas de solucionarlo previo a ir un proceso y ahí sí convertirse en una confrontación entre ambas partes.

Dentro de las franquicias, existen diferentes medios alternativos para solucionar los conflictos, como la negociación de primera mano según el problema, mediación, conciliación para evitar un proceso.

Si no se llega a solucionar la controversia, solo quedaría iniciar un proceso arbitral, incluido previamente al contrato de franquicias, ya que las empresas más grandes e importantes del mundo optan por este medio de solución de controversias por causas originadas en el contrato.

El arbitraje va a gestionar la forma más idónea, especializada y célere por parte del tribunal arbitral o del árbitro único que será el competente para resolver el conflicto, y que dichos conocimientos y experiencia garantizan que se tenga un laudo arbitral con una gran probabilidad de que haya sido resuelta con una correcta y completa motivación.

En el presente libro se desarrollará dichas instituciones y las causales más recurrentes que generan conflictos y, por ende, que terminan en un proceso arbitral en franquicias.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

1. ¿QUÉ ES LA FRANQUICIA?

El concepto de franquicia es muy variado, ya que puede ser netamente doctrinal al referirnos al Perú, debido a que al ser un contrato atípico estaríamos hablando de la estructura de conceptos para su denominación.

Los maestros mexicanos Juan Manuel Gallastegui y Ferenz Feher indican un concepto interesante:

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 un tiempo determinado un 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.¹

Es pertinente también un concepto del profesor argentino Juan María Farina, quien ha señalado lo siguiente:

¹ FEHER TOCATLI, Ferenz y GALLASTEGUI, Juan Manuel. *Las franquicias, un efecto de la globalización. 100 preguntas 100 respuestas*. México, D.F.: McGraw-Hill, 2001, p. 3.

[...] una estrategia o sistema de negocio, por el cual un empresario (franquiciante) otorga determinados derechos de uso de una marca y transfiere tecnología para la operación de un negocio de éxito comprobado a otro empresario (franquiciatario), a cambio de ciertas cuotas y regalías.²

Enrique Guardiola menciona que el Código Deontológico Europeo de la Franquicia la define así:

Modelo de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora y, de otra parte, uno o varios empresarios franquiciados. Por lo que respeta a la empresa franquiciadora supone: 1.º La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de siglas o símbolos, eventualmente de una marca de fábrica, de comercio o de servicios, así como de una técnica, sistema o procedimiento puestos a disposición de los franquiciados. 2.º El control de una serie de productos o servicios, presentados en forma original y específica y que deben ser obligatoriamente aceptados y utilizados por los franquiciados, basados en conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y que son continuamente desarrolladas y verificadas en cuanto su valor y eficacia.³

El Tribunal Supremo de España dictó una jurisprudencia interesante sobre la franquicia, y bajo comentarios de Burgos y Fernández se indica que mediante STS de 27 de septiembre de 1996:

[...] desde un punto de vista doctrinal, el contrato de franquicia ha sido definido como aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho de utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por este de una contraprestación económica.⁴

² FARINA, Juan María. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 65, 67 y 68.

³ GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1998, p. 236.

⁴ BURGOS PAVÓN, Gonzalo y FERNÁNDEZ IGLESIAS, María Susana. *La franquicia: tratado práctico y jurídico*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2014, p. 214.

En ese sentido se puede definir la franquicia como un sistema de colaboración empresarial expresado en un contrato celebrado por dos personas jurídicas, una de ellas denominada *franquiciante o franquiciador*, que por su experiencia y reconocimiento en el mercado realiza una licencia de uso de los signos distintivos de su empresa —como la marca, lema comercial, nombre comercial—, su *know how* —con sus elementos de Secreto Empresarial y fundamentalmente el Secreto Industrial—, conservando su confidencialidad a cambio de unos pagos únicos y mensuales para que la otra parte, el *franquiciado*, gestione y realice la misma actividad según los manuales que se le va a proporcionar durante el tiempo de duración que se pacte en el contrato.

2. SITUACIONES GENERALES Y ECONÓMICAS DE LA FRANQUICIA

Cabe indicar que la franquicia tiene dos vertientes de obtención de dinero, ya que es un contrato *per se* y su objetivo es netamente económico. El franquiciante tiene el objetivo de ganar el canon, regalías, etc., mientras que el franquiciado busca obtener ingresos económicos gracias a la experiencia y guía del franquiciante.

Pero algo muy importante es que además de esas dos partes hay muchos más beneficiados dentro de la economía local, nacional e incluso internacional. Nos estamos refiriendo al Estado, ya que los pagos de impuestos son elevados por los ingresos que ambos generan por mes, además de ello genera empleo en el país, pago a empresarios que incluso algunos son microempresarios en diferentes rubros como publicidad, transporte, seguridad, alimentación, papelería, textilería, etc. Esa actividad empresarial de las partes de poner productos o brindar servicios en el mercado beneficia a los consumidores o usuarios.

El manejo de una franquicia es una dinámica compleja por el sistema y lo que se llama, por ejemplo, proveedores internos y externos. En sí es una actividad que se tiene que desarrollar en el tiempo, ya que

el franquiciante ha tenido que experimentar bajas, pérdidas, soportar crisis y, del mismo modo, generar riquezas y éxito, por lo que toda esa experiencia la pone a disposición del franquiciado.

Un elemento o, mejor dicho, idea central y *core* del negocio es que el franquiciado debe entender que no es un simple negocio de vender productos o brindar servicios del franquiciante, sino que debe garantizar a los futuros consumidores que no sientan la diferencia de dichos productos en su local frente a los otros de la franquicia. Es por ello que se transfiere una cantidad importante de elementos contractuales como el *know how*, la licencia de signos distintivos con el irrestricto respeto a los manuales de franquicia, cosa que si incumple, pondría en riesgo el prestigio de la marca y eso conllevaría, principalmente, resolver el contrato, ejecutar garantías y pedir una indemnización por los daños ocasionados.

Un tema común al momento de elegir una franquicia es analizar el motivo de la elección, ya que muchos lo toman como una opción importante de inversión, otros como una última opción de hacer empresa sin mayor riesgo o esfuerzo, etc. Por ello es relevante la reunión preliminar con el consultor o franquiciante para entender cómo funciona, cuál es «el alma» de la marca y cómo debe manejarse para llevarla de forma positiva.

La inversión que debe tomar el franquiciado es sobre la base de un costo-beneficio, claro que este puede cambiar si es vía nacional o internacional, ya que las diversas legislaciones pueden conllevar, algunas de ellas, mayores costos y trámites administrativos más tediosos, por lo que se hace un estudio de factibilidad previo, salvo que el manejo se haga con una *master franchise*, tema que se desarrollará más adelante.

3. MOTIVOS POR LOS QUE FRANQUICIAR

La franquicia es un contrato que no garantiza el éxito por parte del franquiciante, pero es un contrato que si se lleva conforme a los manuales,

es muy probable que sí tenga éxito, salvo elementos de idiosincrasia local, regional o incluso nacional.

Ahora pasaremos a enumerar una lista de motivos por los cuales los empresarios pueden invertir en convertir su negocio en una franquicia.

3.1. Oportunidad de negocio

Es tener la visión empresarial para dar un paso adelante frente a los competidores y el mercado, con una actividad moderna, innovadora, que cautive el mercado, en donde la experiencia empresarial pueda desarrollarse en esa nueva idea y así lograr una diferencia sustancial frente a los demás negocios parecidos o del rubro.

Es la creación de un tipo de producto o servicio, o la mejora o proporcionarle el plus a lo que ya existe en el mercado, que haga que sea un negocio diferente a los demás.

3.2. Necesidad de crecimiento con nuevos locales

Llegar a tener un negocio de éxito y una acogida considerable por el público conlleva la necesidad de trasladar el negocio a diferentes zonas y llegar a la proximidad de los clientes. Es por ello que un inversionista lleva el negocio a una zona donde mediante un estudio de mercado o con una intuición empresarial se decida franquiciar.

El motivo de pensar en franquiciar es el ahorro de costes que genera abrir un nuevo local propio en otra zona, desde el tema de licencia de funcionamiento, búsqueda de locales, pago de impuestos, responsabilidades hasta pagos laborales a los trabajadores, y solo remitirse a fiscalizar y ver que se cumpla todo lo que se le dijo al franquiciado y así recibir el pago de canon y el pago de las regalías mensuales.

La apertura de nuevos locales vía local, nacional o internacional hace que el negocio sea más rentable y vaya obteniendo mayor éxito y reconocimiento que siendo únicamente un negocio con inversión propia.

3.3. Marketing

En ese rubro, el franquiciado al momento de realizar el pago de *fee* publicitario se libera de los costos y estrategias de *marketing* que tiene que elaborar la empresa, debido a que el franquiciante es el encargado de ello, porque tiene que realizar campañas publicitarias e invertir todos los costos en los mismos a nivel nacional e inclusive de forma internacional.

El franquiciado recibirá los procedimientos, capacitaciones y material que utilizarán todas las franquicias en general, ya que tiene que ser uniforme. Es más, en el portal web, que tiene que ser único para todas las empresas, se podrá derivar por enlaces los locales que se vayan franquiciando.

3.4. Economía de escala

Es un punto relevante la economía de escala. Las franquicias dependen de varios proveedores para el desenvolvimiento del negocio y es por ello que la cantidad importante de compra de productos a proveedores permitirá que se tenga un ahorro considerable por la adquisición a precios más bajos, a diferencia de si se comprara solo para un negocio. Es por ello que en varias franquicias es el mismo franquiciante el que tiene unas empresas que distribuyen dichos productos, para así también salvaguardar el *know how* del mismo, como a quién le compran y a qué precios.

3.5. Competitividad

En el mercado es normal que otras personas quieran replicar un negocio que tiene éxito, más aún si es cerca al local de la franquicia, por ello es que la diferencia de esta con tales negocios ante los competidores es el

know how, ya que por ese secreto y éxito van a sobrevivir ante el canibalismo empresarial de otros negocios que quieren imitar sin tener un plus y solo desean entrar al negocio para tentar suerte.

3.6. Éxito del negocio

El motivo de buscar una franquicia es por el éxito de esta, ya que dicho negocio se ha logrado posicionar en el mercado y resulta una inversión interesante que por más que no garantice el éxito, pues tendrá una gran posibilidad de generar ingresos propios y el favor de las dos partes.

4. CONCEPTO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Cabe indicar que en nuestro país no se encuentra regulado *per se* el contrato de franquicia.

Vicent Chuliá indica:

[...] un contrato complejo o atípico, consensual, y sinalagmático, civil o mercantil según su objeto, mediante el cual una de las partes, el concedente o franquiciador, concede a la otra, denominada concesionario o franquiciado, mediante el pago de un canon, el derecho a explotar una marca, una fórmula comercial privativa, o un servicio con prestaciones accesorias, previamente convenidas.⁵

Del mismo modo, también podemos considerar lo siguiente:

De manera muy sencilla, podemos definir la franquicia como un sistema de colaboración mediante el cual una persona (franquiciador) cede a otras (franquiciados) una marca, un producto o un servicio probado y rentable y un saber-hacer específico para gestionar adecuadamente un negocio.⁶

⁵ VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al derecho mercantil*. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, vigesimotercera edición.

⁶ DRELICHMAN ABOGADOS. *Franquicia, todo lo que necesitas saber*.
<https://www.drelichmanabogados.com/post/franquicia-todo-lo-que-necesitas-saber>

Walter Aguirre Vidaurre define la franquicia como:

El formato de negocios por el cual el franquiciante concede al franquiciado, por un tiempo y para un territorio determinado, el derecho de usar una marca o nombre comercial, transmitiéndole los conocimientos técnicos necesarios que le permitan instalar, operar y comercializar bienes o servicios con métodos uniformes a cambio de contraprestaciones previamente convenidas.⁷

En ese sentido, la Asociación Mexicana de Franquicias la ha definido de la siguiente forma:

Las franquicias son asociaciones comerciales entre los propietarios de una marca prefabricada, de algún servicio o empresa comercial, con individuos interesados en invertir en el sistema de negocio del franquiciante, de manera que, pueden adquirir una compensación económica.

Es decir, al momento de que inicies un negocio en específico implementando el sistema comercial de alguna marca debes llegar a un acuerdo con el franquiciador, para que este te ceda los derechos del modelo empresarial como una estrategia comercial.⁸

En materia europea podemos indicar que de conformidad con el artículo 1.3.b R. 4087/1988, el Reglamento 4087/1988 se definió la franquicia como:

[...] el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos: (i) el uso de una denominación o rótulo común y

⁷ AGUIRRE VIDAURRE, Walter. «El contrato de franquicia: multiplicador de negocios exitosos». En *Revista de Actualidad Mercantil* n.º 3, 2014.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/13573>, p. 15.

⁸ ASOCIACIÓN MEXICANA DE FRANQUICIAS. *¿Qué es una franquicia y cómo funciona? Lo que tienes que saber.* <https://amfranquicias.mx/que-es-una-franquicia-y-como-funciona-todo-lo-que-tienes-que-saber/>

una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato; (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «know-how»; y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.

En lo personal, considero que la franquicia es un contrato donde el franquiciante otorga unos manuales, licencia los signos distintivos, capacita y asesora al franquiciado, quien se compromete a realizar el pago de canon, regalías, *fee* publicitario y a respetar de forma irrestricta los manuales para que se replique el negocio del franquiciante que tiene éxito y genere ingresos económicos a favor del franquiciado.

5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

5.1. *Contrato atípico*

Como ya se indicó, este contrato no se encuentra regulado de forma expresa en la legislación peruana, a diferencia de otros países. Es por ello que la aplicación supletoria de la normativa como el Código Civil, Ley de Propiedad Industrial - Decreto Legislativo n.º 1075 y la Decisión 486, entre otras, resulta prácticamente obligatoria al momento de la redacción de dicho contrato.

El profesor Manuel de la Puente, define el contrato atípico de la siguiente forma:

El que no obstante tener una identificación propia y reunir los requisitos necesarios para ser contrato, no ha merecido aún recepción legislativa mediante una disciplina particular [...] el contrato atípico viene a ser el producto de las necesidades e imaginación de las partes que, en uso de la libertad que les concede, crean un contrato diferente a los ya regulados para normar sus relaciones.⁹

⁹ DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 153.

Finalmente, es importante analizar lo que Alfredo Soria y Madeleine Osterling mencionan sobre los requisitos de este tipo de contratos:

Como ya hemos anotado, un contrato atípico es una figura contractual que carece de una regulación legal propia; sin embargo, a dicho contrato le serán aplicables exactamente los mismos requisitos de validez aplicables a cualquier contrato. Es decir, para determinar si es que el contrato atípico es válido, simplemente nos remitiremos a las normas que resultan de aplicación a cualquier contrato, dado que los contratos atípicos no tienen ningún requisito especial de validez.¹⁰

Queda claro que este tipo de contrato carece de regulación expresa, no se encuentra en el Código Civil —como en otros países— ni en una norma especial, por lo que el abogado corporativo tiene que aplicar la normativa supletoria y bastante criterio en su redacción.

5.2. Contrato complejo

No es un típico contrato, sino es un contrato técnico con muchas implicancias que se deben elegir según el tipo de negocio y la localidad o país de aplicación, ya que pueden incluir varios conceptos e incluso montos supeditados a temas ajenos que son relevantes para el franquiciante, como el que tiene que registrar la marca en los países que pretenda acudir.

Es por ello que se tiene que redactar correctamente los derechos y deberes de las partes, el pago y forma del canon de entrada, el pago de las regalías (*royalties*), la licencia de los signos distintivos, la no competencia, confidencialidad, el elemento más relevante: la protección del *know how*, etc.

¹⁰ SORIA AGUILAR, Alfredo y OSTERLING LETTS, Madeleine. *Contratos modernos*. Lima: UPC, 2014, p. 29.

5.3. Contrato con prestaciones recíprocas

Esta naturaleza del contrato es que ambas partes tienen que cumplir con sus obligaciones de dar, hacer o no hacer y si una de ellas incumple, se procederá a evaluar la solución de controversia. Es así que cada una de las partes se encontrará obligada con la otra por la creación de la relación jurídica patrimonial.

Es un contrato donde ambas partes tienen que cumplir con sus obligaciones y reclamar sus derechos, ya que la forma correcta y exitosa de la aplicación de la franquicia radica en que ambas partes conlleven una relación correcta, con cumplimiento de los ítems contractuales, ya que al momento de que una de ellas incumple comienza a generar un desequilibrio de la relación contractual, pues la culpa de uno puede generar el fracaso de dicha franquicia, pero no es la pérdida de dinero del franquiciado, sino que podría generar que dicho fracaso repercuta en la marca y ahí se generaría un daño global.

Estamos hablando, por ejemplo, de las capacitaciones que debe dar el franquiciante con los manuales y la forma de llevar el negocio, o sea, replicar cómo hace el franquiciante en sus negocios, ya que sin dicha capacitación, e incluso supervisión, puede generar un perjuicio al servicio, como en la atención o preparación de la comida, de ser este el caso.

En el caso del franquiciado, el no seguir con el cumplimiento irrestricto de los manuales puede generar un perjuicio incluso irreparable, como podría ser el cocinar con aceite reutilizado para ahorrar dinero en compra de aceite, no usar los insumos de los proveedores que el franquiciante ha dispuesto, ya que ello causaría la baja de calidad e incluso sanciones administrativas por parte de la autoridad administrativa y, por ende, repercutir en la prensa y depreciar el valor, perjudicando el prestigio de la marca que durante años le ha costado lograr al franquiciante.

5.4. Contrato oneroso

Es un contrato con una naturaleza netamente económica, ya que el objetivo de la franquicia es que ambos generen ingresos por su celebración con la mera firma, con el pago del canon, hasta su ejecución con las ganancias que genere el franquiciado de forma mensual, y así pague las regalías y, de ser el caso, el *fee* publicitario.

Al respecto, Manuel Bejarano comenta:

[...] el contrato oneroso está presidido por un *animus* egoísta, el que ambas partes contratantes celebran el acto con el propósito de obtener de la otra una contraprestación de valor equivalente al que dan. Por ejemplo, en la compraventa el vendedor espera recibir una cantidad de dinero igual o similar al valor de la cosa que enajena y el comprador desea adquirir una cosa que equivalga al precio que paga por ella.

El interés de la clasificación radica en que solo los contratos onerosos pueden tener una naturaleza mercantil, pues la especulación comercial y el propósito de lucro, que es consustancial al tráfico de bienes y servicios, no pueden conciliarse con los contratos gratuitos. Estos, además, son *intuitu personae* la consideración del beneficiario es determinante para su celebración y, por último, es más sencillo obtener su ineficacia a través de la acción pauliana.¹¹

Por ende, este tipo de contrato es netamente oneroso, porque su objetivo es lucrativo por ambas partes.

5.5. Contrato principal

Es un contrato que no depende de otro, o sea, es independiente, de libre decisión y realización, pero este contrato sí puede condicionar a otros u obligar a la celebración con otras personas que sería, por ejemplo, el

¹¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. México D. F.: Oxford, 2010, p. 37.

obligar a contratar con determinados proveedores para mantener la calidad de los productos; también sería el de adquirir seguros para los trabajadores y el negocio; del mismo modo, dejar garantías por posibles incumplimientos contractuales y sean modo de resarcimiento.

Según Manuel Bejarano:

El contrato principal tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo; surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente su función jurídico-económica. No requiere la existencia de otro contrato para subsistir.¹²

En ese sentido, el contrato de franquicia no depende de otro, es netamente independiente, por más que exista una *master franchise*, esta última tiene la autorización y licencia de los derechos para franquiciar, por lo que queda a su directa decisión y disposición de celebrar contratos sin dependencia alguna.

5.6. Contrato de duración y de ejecución continuada

Según la naturaleza de este contrato se proyecta que su duración debe ser el doble del tiempo que se tiene que esperar para recuperar la inversión. Es por ello que aproximadamente la mayoría de contratos de franquicia suelen otorgar la licencia por un plazo de cinco años para su explotación por parte del franquiciado. Hay otros contratos que llegan hasta a diez años.

La renovación de estos contratos es variable. Hay una corriente de la renovación del mismo sin pago alguno y por el mismo tiempo, hay otra corriente de empresarios que renuevan, pero con el pago del canon de entrada —cosa que no tiene mucho sentido—; hay otros que no renuevan porque no les agradó que la franquicia se ubique en ese lugar o

¹² *Idem*, p. 41.

zona; hay otros a los que no le fue rentable y ambos deciden no continuar; y, finalmente, hay una corriente en la que el franquiciante decide no renovar y coloca una sucursal donde se encontraba la franquicia, donde prácticamente lo único que cambiará es la denominación social en los comprobantes de pago, y que nadie mira, ya que la marca y todo el mobiliario sigue igual.

En esta última modalidad, que para muchos es abusiva e incluso desleal y aprovechada, ya que muchas veces el franquiciante no confió en cierto mercado o zona a nivel local o nacional hasta que un franquiciado decidió hacerlo arriesgándose, al llegar el fin del contrato se ve que tuvo enorme éxito y es ahí que legalmente el franquiciado toma posesión de todo, porque en el contrato se suele colocar que los bienes pasan a titularidad del franquiciante, y más aún que los empresarios de los *malls*, centros comerciales, etc., solo desean empresas reconocidas, por lo que suelen alquilar al franquiciante el mismo local, solo cambian el arrendatario.

5.7. *Contrato por escrito*

A pesar de que el Código Civil permite contratos verbales, en este tipo de contrato es imposible que se celebre bajo esa modalidad, ya que en la vida práctica siempre se celebra por escrito, pues, como se explicó, es un contrato complejo, hay dinero de por medio, *know how*, etc., y se tiene que proteger en todos los aspectos al franquiciante frente a cualquier inconveniente que exista o de la adecuada interpretación de algunos puntos del contrato de franquicia.

Es así que se tiene que detallar todas las obligaciones y deberes de las partes, sus pagos, penalidades, etc., todas las estipulaciones como la solución de controversias, porque solo así se podría tener un contrato eficaz frente a cualquier situación de controversia o cuestionamiento durante la ejecución contractual.

5.8. Contrato por adhesión

Lo normal de un contrato es que ambas partes comiencen a redactar y establecer las condiciones contractuales con toda su voluntad, este trabajo se realiza de forma conjunta sin que exista una imposición u obligación de hacerlo, pero en los contratos de franquicia no suele ser así.

Casi siempre este contrato es por adhesión, ya que todos los consultores de franquicia y/o franquiciantes redactan el contrato de forma unilateral y cuando el franquiciado quiere adquirir la franquicia queda obligado a su cumplimiento sin que tenga oportunidad de negociar o modificar algo, ya que es netamente impositivo.

Salvo que el franquiciado decida acoger alguna sugerencia como el caso de la tropicalización, etc., donde sí se podría modificar alguna cláusula o condición, pero de por sí es un contrato netamente redactado, estipulado sin posibilidad de negociación por parte del franquiciado, ya que este no está obligado a firmarlo, por ende, se acoge al mismo.

Es por ello que la celebración de un contrato de franquicia va precedida de la libertad de contratación entre el franquiciante y el franquiciado, pero en la mayoría de estos contratos una de las partes (el franquiciante) se limita a condicionar a la otra todos los puntos que le parece y la otra parte (franquiciado) se limita únicamente a tomar una de dos decisiones: o aceptar en su plenitud dichas condiciones o no celebrar el contrato, por eso la mayoría de estos contratos por adhesión.

Podemos delimitar algunas características importantes sobre los contratos de adhesión:

- La oferta y condiciones son realizadas por un tiempo ilimitado y se dirigen a una persona indeterminada, ya que no interesa quién es el franquiciado o de dónde proviene, igual se le impondrá dichas condiciones.

- Existencia del poder contractual, que es el franquiciante, ya que posee el poder económico, *know how* y es dueño de la empresa.
- Imposición de cláusulas, es decir, el franquiciante impone las cláusulas que desee para que el franquiciado cumpla al momento de aceptar.
- El franquiciante casi siempre es una persona jurídica, por no decir siempre. El franquiciado es una persona jurídica o natural.

Es interesante lo señalado por César Fernández sobre la diferencia de los contratos de adhesión con las cláusulas generales de contratación:

En los contratos por adhesión o contratos predispuestos una de las partes tiene la posición de dominio por cuanto predispone, redacta, estipula de manera adelantada el contenido del contrato y la otra parte solo está en la posición alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas declarando su voluntad de aceptar o no. Por su parte, las cláusulas generales de contratación son aquellas redactadas en forma previa y unilateral por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares con elementos propios, vale decir, son cláusulas contractuales (por cuanto son elaboradas con la finalidad de ser integradas a un número indefinido de contratos que se celebrarán en el futuro), predispuestas (al haber sido redactadas en forma previa, unilateral de manera general y abstracta con la finalidad de uniformizar el contenido de futuros contratos —pluralidad de negocios— que se celebren con base en dichas cláusulas generales).¹³

Es por ello que por ese tipo de contrato son catalogados como cláusulas abusivas, pero hay que indicar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor regula y busca alguna ineficacia con este tipo de

¹³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César Aníbal. «Los contratos masivos en el tráfico comercial económico». En *Lumen* n.º 9, 2013, p. 61.
<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/508>

contrato, pero solo es aplicable para relación de consumo entre proveedor y consumidor, pero en este tipo de contrato no existe dicha naturaleza, por lo que no es de aplicación de dicha norma. Es más, ni siquiera el Indecopi sería competente para evaluar conflictos que haya generado la ejecución del contrato.

Manuel Bejarano comenta al respecto:

En el contrato de adhesión solo una de las partes establece las condiciones en las cuales se efectuará el acto, que la otra se limita a aceptar. A diferencia de los contratos comunes o de «acuerdo mutuo» en los que ambos contrayentes establecen las cláusulas o cánones que regirán su relación, en el contrato de adhesión una de las partes elabora las reglas y la otra no tiene más intervención que adherirse o rechazar su celebración.¹⁴

En ese sentido, es totalmente arbitrable en el Perú cualquier contrato con la naturaleza de adhesión, bastando solo la existencia del convenio arbitral para que se inicie el proceso arbitral.

6. ESTIPULACIONES DEL CONTRATO

Antes de desarrollar este punto es importante señalar que el franquiciado debe tener constituida una empresa previa a la celebración del presente contrato y es más según el tipo de contrato se le puede requerir que tengan un determinado capital social o el número mínimo de accionistas, eso varía según el tipo de seguridad de los antecedentes de los accionistas, pues es muy raro que el franquiciado sea una persona natural —al menos en una franquicia respetable—, ya que no brinda ninguna seriedad ni seguridad.

¹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 61.

En ese sentido, se recomienda que el contrato de franquicia tenga como mínimo las siguientes estipulaciones, y además que sean redactadas de forma correcta, y evidentemente debe ser un contrato que blinde al franquiciante y se le proteja frente a cualquier hecho, daño o situación que genere el franquiciado.

6.1. Identificación de las partes

Se tiene que celebrar entre el franquiciante y el franquiciado (que se recomienda que sea persona jurídica). En ese momento se debe verificar la capacidad de las partes, como la titularidad de la empresa, signos distintivos y de la franquicia, y, del mismo modo, sea el representante legal en ambas partes y así se garantice el cumplimiento de agente capaz al momento de celebrar el contrato.

6.2. Objeto contractual

En este rubro hay que colocar todas las actividades que se va a realizar en la franquicia, pero no solo nos referimos al de licencia de los signos distintivos y autorización del uso de los manuales, sino se incluye —según corresponda— distribución de los bienes, publicidad, determinación de proveedores, etc.

6.3. Las contraprestaciones

Como ya señalamos, de los ingresos que obtiene el franquiciado, se determinará el monto exacto del canon, y los porcentajes sobre las regalías, *fees* publicitarios y viáticos por capacitación, los cuales son no reembolsables.

Del mismo modo se detallará cómo y cuándo tendrá que realizar los pagos. Dentro de la misma cláusula se detallará las penalidades por la demora del pago diario de las obligaciones, como las regalías.

6.4. *La territorialidad*

Aquí se tiene uno de los elementos que conlleva varios procesos arbitrales, ya que no se determina de forma correcta la delimitación del territorio, lugar, calle, distrito, centro comercial, metros a la redonda e incluso distrito o ciudad, pues el franquiciado, al invertir una cantidad considerable en la franquicia, lo mínimo que va a pedir es que se le dé la exclusividad de la franquicia en cierta zona, pues si no fuese así, el canibalismo empresarial se daría de forma desproporcionada e incluso dañina para la marca, siendo de doble riesgo para el franquiciado.

Es por ello que se debe velar de forma correcta para que la misma franquicia no tenga dos concesiones dentro de cierto lugar. Por ejemplo, sería terrible pensar que un restaurante X tenga dos locales en el mismo centro comercial, por lo que ambos franquiciados se perjudicarían y podría terminar en quiebra o cierre de uno de ambos.

Por ello muchos franquiciados suelen demandar el daño de la inversión, porque el franquiciante no le brindó la exclusividad en cierto lugar, cosa que puede caer de plano, ya que si ello no se determinó de forma correcta, no tendría razón de demandar.

6.5. *Cesión de derechos*

Uno de los motivos más comunes de demandar el incumplimiento contractual de franquicia es el no cumplimiento de la cesión de derechos.

Para entender sobre la cesión de derechos tenemos que guiarnos según lo regulado en el Código Civil, que dice:

Artículo 1206.- La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.

La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.

Recordamos que casi siempre este tipo de contratos son por adhesión. El franquiciado impone lo que puede ceder, por lo que se tiene que velar muy bien como abogados qué puede contener ello y de ser un poco perjudicial intentar negociar el cambio de algunas cláusulas —si es que se puede hacer— para no perjudicarse.

Entonces, la cesión que se realiza por excelencia son los manuales que irán en un anexo al contrato y sobre todo cómo se gestionará el *know how*.

En ese sentido, hay franquicias que no llegan a entregar dichos manuales de forma completa y es más, a veces no cumplen con las capacitaciones, pero el no entregar de forma completa los manuales conllevará a que el franquiciado se encuentre perdido en el desarrollo del negocio, el qué hacer cuando ocurran ciertas situaciones y, por ende, podría llevar a su fracaso y pérdida de la inversión.

6.6. Plazo contractual y renovación

El plazo contractual es algo muy importante, ya que es de duración larga, pues usualmente es el doble del tiempo de la recuperación de la inversión, o sea, el franquiciante hace una evaluación económica del promedio de tiempo que tendrá que atender el franquiciado para que en ese tiempo recupere toda la inversión realizada, y ya partiendo de ese plazo se duplique ese periodo para que tenga una ganancia considerable y ahí se convierta en rentable la inversión por parte del franquiciado.

Casi siempre es de cinco años el plazo del contrato, claro está que ese periodo de «recuperación de inversión» es relativo, ya que hay casos que se recuperan mucho antes o mucho después de lo previsto, pues estaría sujeto a diferentes elementos externos o idiosincráticos de la localidad que pueda cambiar los ingresos entre franquicia y franquicias de diferentes zonas, incluso dentro de la misma ciudad.

En esta cláusula también se detalla las condiciones de la renovación del contrato y este otro problema que podría conllevar a arbitraje, ya que las renovaciones se pueden realizar conforme se desarrolló en el presente contrato, por lo que es importante antes de celebrarlo ver qué sucederá cuando se venza y, al menos, tener la seguridad o posibilidad de renovar, ya que podrían tener mucho éxito en el contrato y cuando quieran renovarlo el franquiciante decida no renovar por razones propias que no son materia de cuestionamiento ni de demanda, ya que quedó a decisión del mismo.

6.7. Obligaciones y derechos nacidos del contrato

El incumplimiento es casi seguro que conllevará a iniciar un proceso arbitral, por lo que es menester analizar correctamente la redacción de cada una de sus cláusulas y obligaciones, tanto del franquiciante y del franquiciado para el desarrollo normal del contrato.

6.8. El uso de los programas de ordenador

De ser el caso, y el tipo de contrato, se tendrá que determinar si el manejo de la empresa y control se realizaría con el uso de computadores o tabletas, para que en tiempo real se vea los ingresos del negocio, *stock* de los insumos, realizar compras, etc.

El manejo de este tipo de programas de ordenador permite llevar en tiempo real todos los movimientos de las franquicias y así controlar el *stock* y las ventas.

6.9. Capacitación y asistencia técnica

Como se indicó, es una condición importante que se señale cómo se realizará y el tiempo del mismo que se desarrollará el tipo de capacitación y el desplazamiento de personal para enseñar a los trabajadores de cada área de la empresa cómo tendrá que realizar la gestión del negocio. Del

mismo modo se tendrá que prestar la asistencia técnica en la ejecución del contrato ante cualquier duda o inconveniente que pueda surgir.

6.10. La publicidad

Algo que conlleva una resolución contractual es que el franquiciado realice su propia publicidad sin que tenga la autorización del franquiciante, porque ello causaría daño a todos los demás franquiciados.

En ese sentido, se determinará el porcentaje que será recabado de forma mensual, y cómo y quién va a llevar a cabo la publicidad, y que esa persona decidirá a su libre estrategia cómo se desarrollará ello.

Esto no impide que el franquiciado recomiende posibles publicaciones u ofertas que se pueda realizar, pero ya quedará a decisión del franquiciante a aprobarlas o no.

6.11. Independencia de los contratantes

Algo que es preventivo de procesos o inconvenientes con entidades públicas como la Sunat, la Sunafil, etc., es que se indicará de forma expresa que entre ellas no genera un vínculo de agente, representante, mandatario, socio, agencia, empleado, etc.

Es evidente que este tipo de contrato no conlleva un vínculo laboral, por ejemplo y, por ende, si el franquiciado cometiera algún hecho que genere responsabilidad administrativa, civil o penal, el franquiciante no será responsable en lo absoluto.

Ahora bien, ello no quita la posibilidad de que lo demanden, pero ya dentro del proceso se debería liberar o excluir al franquiciante del proceso arbitral o judicial.

Sin perjuicio de ello recordemos el fallecimiento de una pareja de enamorados que eran trabajadores de una empresa multimillonaria estadounidense de hamburguesas y que dicho hecho ocurrió dentro del local. En este caso, el franquiciante de iniciativa propia asumió un monto de indemnización de forma liberal, no por su responsabilidad contractual, sino por estrategia de protección del prestigio de la marca, pero esas son situaciones aisladas.

Es por ello que cualquier hecho que cometa el franquiciado con su empresa X será sancionado por las autoridades nacionales, mas no a la franquicia, que únicamente facilitó el uso de los signos distintivos, pero es esta última la que se llevará un perjuicio por el desprestigio para la marca por culpa del franquiciado.

6.12. Información contable

Algo importante de señalar es la forma adecuada de llevar la teneduría de libros de contabilidad y el tratamiento fiscal, así el franquiciante puede corroborar los ingresos del franquiciado y, por ende, que este último proceda a realizar los pagos de regalías de forma mensual al franquiciante.

Es muy importante llevar los libros contables según lo requerido en la norma que fiscaliza la Sunat, además es un medio de control que tendrá el franquiciante sobre las compras y ventas del franquiciado durante la ejecución contractual.

6.13. Seguros y garantías

Durante la ejecución del contrato pueden ocurrir hechos que generen daños a terceros e incluso a una de las partes. Es por ello que se detalla cuáles son las pólizas para la celebración del contrato. Esto también cubriría el caso fortuito o fuerza mayor como, por ejemplo, incendios, fe-

nómenos de la naturaleza, etc. Se recomienda la celebración de un seguro de responsabilidad civil, ya que sería lo más adecuado para la protección de cualquier daño.

6.14. *Propiedad intelectual*

Algo de suma importancia para iniciar el proyecto de franquicia es velar por los derechos de propiedad intelectual que tenga la empresa y/o negocio, lo que se debe iniciar en el mismo país de origen, por lo que un error muy común de varios empresarios es creer que registrando su nombre o empresa en Registros Públicos ya se encuentra protegida la marca o el lema comercial, pero es un craso error, ya que son instituciones muy diferentes los Registros Públicos de la propiedad intelectual. Nos referimos a los derechos de autor y de propiedad industrial que, a su vez, esta se divide en invenciones y signos distintivos.

Alfredo Maraví define las marcas de la siguiente manera:

Las marcas tienen como finalidad distinguir, es decir, identificar, productos o servicios [...] para que los consumidores puedan elegir de manera libre y correcta según sus intereses.¹⁵

Dentro de las franquicias, los elementos más importantes de licencia de propiedad intelectual son la marca y el lema comercial, ya que recordemos que el franquiciado tiene como denominación social o razón social el nombre, p. ej., “XYZ S. A. C.”, pero en el letrero, afiches, uniformes, productos, etc., el nombre que aparece es la marca del franquiciante, y en el contrato se determinará cuáles son estas y cuáles son sus registros en las instituciones de propiedad intelectual en el país donde se desarrolle la franquicia.

¹⁵ MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. «Introducción al derecho de las marcas y otros signos distintivos». En *Foro Jurídico* n.º 13, 2014, p. 59.

Ahora, por excelencia, los signos distintivos son los elementos infaltables para toda franquicia, estamos hablando principalmente de las marcas y lemas comerciales, ya que como tiene una duración de diez años renovables se puede mantener en mercado global la continuidad de la marca, pero hay que recordar que las marcas mediante su registro tienen una protección nacional, mas no internacional (como sucede con los derechos de autor), por lo que se tendría que registrar la marca en todos los países en que se desee franquiciar o incluso a futuro con una nueva sede en el extranjero, debido que en otro país podría existir como marca la de la franquicia, y ello es muy riesgoso. Es por ello que se recomienda primero hacer un estudio de factibilidad de la marca en la clasificación Niza que se necesite y, de ser positivo, comenzar con el registro de la marca.

Al referirnos a Europa, la directiva del Consejo Europeo en materia de marcas define en el artículo 2 de la Directiva 89/104/CEE la marca, donde indica:

Podrán constituir marcas todos los signos que puedan ser objeto de una representación gráfica, especialmente palabras, incluidos los nombres de las personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras.

Del mismo modo, España en su propia normativa, en su Ley 17/2001, que se denomina la Ley de Marcas, artículo 4, señala:

1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

Cuando nos referimos al Perú, se tiene que usar la Decisión 486, que es la norma de propiedad industrial que regula a los países miembros de la Comunidad Andina, en donde el Perú es miembro con Colombia,

Ecuador y Bolivia. Así, se define la marca en su artículo 134, de la siguiente forma:

Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro. [...].

Es así como se puede evaluar en dichas normativas internacionales que hacen una definición muy corta, pero en artículos posteriores se desarrolla qué cosas pueden ser marca, siendo algo interesante cuando indican la protección de las marcas tridimensionales que cada vez tienen más acogida en el mercado y en el mundo por su protección del producto en sí, como, por ejemplo, el perfume Jean Paul Gaultier y diversas marcas de productos que buscan ir más allá que el diseño industrial y optar de una forma más fuerte por el registro de la marca tridimensional.

Cabe indicar que existen varios tipos de marcas como las denominativas, figurativas o gráficas, mixtas, olfativas, sonoras, etc., pero todas estas siempre tienen que cumplir con los requisitos casi universales de que sea distintiva (y, a su vez, esta reconoce una capacidad distintiva «intrínseca» refiriéndose a la aptitud individualizadora de la marca, y como distintiva «extrínseca», referida a su no confundibilidad con otras marcas) y que tenga representación gráfica.

En ese sentido, podemos definir la marca como un signo distintivo que dentro de un mercado va a diferenciar los productos y/o servicios de una persona o de una empresa frente a las demás, siempre que dicho signo sea susceptible de representación gráfica y que cumpla con la distintividad en la categoría que se desee proteger dentro del territorio que sea registrado.

Ahora, como se mencionó, para las franquicias no solo la marca es algo vital, sino, dependiendo del caso, el lema comercial es algo que merece atención y protección debidas.

La definición de lema comercial está contenida en la Decisión 486:

Artículo 175.- Los Países Miembros podrán registrar como marca los lemas comerciales, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales. Se entiende por lema comercial la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca.

Es así que ese eslogan acompañará a la marca en su publicidad, ya que esta solo puede existir siempre y cuando exista una marca, es por eso que un lema es un complemento básico para toda franquicia como, p. ej., la marca McDonald's, tiene su lema comercial «I'm lovin' it», o la cerveza Mahou que tiene su lema comercial «El sabor original», o de la cerveza Corona Extra, que tiene su lema comercial «La cerveza más fina».

Por eso se recomienda que antes de invertir en una franquicia en un país ajeno al original se haga, primero, un estudio de factibilidad de la marca y del lema comercial, y si es positivo, se proceda al registro de los mismos de forma inmediata.

Es así que, si el franquiciado comete un incumplimiento a los manuales, como, p. ej., usar aceite refrito, cambiar proveedores, no cumplir las formas de atención al cliente, no cumplir las medidas de seguridad en los locales, etc., ello conllevaría a un rotundo perjuicio a la marca, porque en las noticias no saldrá que la empresa XYZ S. A. C. ocasionó A o B cosas perjudiciales, sino que la cadena de pizzerías famosa del distrito «X» ha ocasionado daño.

Es relevante que el perjuicio es netamente a la marca del franquiciante y eso un desprestigio en total a todos los demás franquiciados, como lo que pasó como en un caso conocido del rubro mencionado.

De la misma forma, en el contrato se determina y prohíbe rotundamente al franquiciado que utilice los signos distintivos del franquiciante de forma diferente al modo autorizado, y después de terminado el contrato se encuentra prohibido de utilizarlos, bajo apercibimiento de demandar indemnización e iniciar acciones legales en contra.

6.15. *El know how y el good will*

El secreto empresarial y el secreto industrial, que pertenecen al secreto comercial, denominado *know how*, es lo más importante de una empresa y en especial de la franquicia.

El *know how* es el saber cómo o el saber hacer, siendo la pericia, la experiencia, la destreza y la habilidad adquiridas en los años o en el tiempo puesto en práctica que se convierte en el elemento diferenciador del negocio frente a otros.

Tiene condiciones en su creación y protección, se tiene algunas características que son:

1. *Debe tener la calidad de secreto*, o sea, no debe ser público, ya que ello implicaría que otro empresario podría acceder y producir lo mismo, con lo que perdería la total ventaja frente a la competencia.
2. *Debe ser principal*, es decir que sea el elemento que llevó al éxito al negocio como, por ejemplo, la salsa especial o condimento que le da un sabor especial a los alimentos, como sería una carne, ya que sin ese elemento no haría una distinción en el mercado.
3. *Debe estar desarrollado de forma clara para que sea replicado por los franquiciados*, no nos referimos a que se indique el secreto, sino que con las medidas de seguridad del mismo genere una serie de pasos su utilización en la creación, producción o uso del *know how*.

Lo que caracteriza a la franquicia es su *know how* y este elemento tan fundamental tiene una peculiaridad que es mantener su secreto y, por ende, se podría indicar que se obtiene un monopolio de hecho, porque si hablamos de patentes no podría ser *know how*, porque para su registro se tiene que revelar su secreto y en el *know how* lo que se busca es no hacer eso, o sea, mantener el secreto.

En ese sentido, es la transmisión del éxito, del secreto del negocio al franquiciado, para que este lo pueda usar y que siga la misma estandarización del producto o del servicio en el mercado.

Es relevante la Decisión 486 de la Comunidad Andina, en donde en su artículo 260 hace referencia al *know how*, pero con la denominación de secreto empresarial, indicando:

Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

Fabián López ha indicado, refiriéndose al *know how*:

La doctrina ha dejado por sentado que el *know how* versa sobre un conjunto de conocimientos y experiencias en una ciencia, arte o actividad comercial. Al *know how* se le ha identificado también como un conjunto de conocimientos técnicos, de manera que cuando hablamos de *know how* o de secretos empresariales o industriales estamos haciendo referencia a los conocimientos técnicos. Estos constituyen la esencia del contrato de licencia de *know how* y se aplican en cualquier campo o actividad industrial [...].¹⁶

El secreto industrial es para muchos tipos de franquicia el más importante, porque se podría entender como la receta secreta. Es así que las salsas, los condimentos, los sabores, el secreto de la Coca-Cola, el secreto del pollo de KFC, etc., es un *know how* fundamental que tiene que protegerse sobremanera e invertir en el mismo, porque no significa que al licenciar la franquicia también enseñaré el secreto, sino que le daré el producto, la salsa, el condimento, etc., sellado sin que tenga posibilidad alguna de saber los ingredientes del mismo, siendo la forma más correcta de protección.

Pachón y Sánchez indican lo siguiente respecto al secreto industrial:

Los conocimientos no secretos, así sean de difícil acceso por parte de otras empresas, no constituyen un secreto industrial; quien está dispuesto a pagar un precio para poderlos utilizar solo lo hace por estar en un nivel tecnológico inferior; el precio se paga entonces por la prestación de un servicio y no por tener acceso a un secreto industrial.¹⁷

El secreto empresarial es algo tan importante para la empresa que a veces suplente la carencia del secreto industrial o como algunos dicen: «vendemos momentos» en negocios donde la calidad del producto no es buena, pero el trato, el confort, etc., es lo que le da ese agrado al público.

¹⁶ LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. *El contrato de franquicia internacional*. Bogotá: Temis, 2008, p. 354.

¹⁷ PACHÓN, Manuel y SÁNCHEZ ÁVILA, Zoraida. *El régimen andino de la propiedad industrial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

En ese sentido, podemos citar que como tipos de secreto empresarial tenemos la forma como llevar el negocio, la distribución de la cocina, la forma como cocinar y, sobre todo, quiénes son los proveedores, porque es sumamente importante que nadie conozca a quién le compras y a cuánto, es por eso que los contratos de confidencialidad con dichos proveedores son de suma importancia.

Un gran riesgo de las franquicias es que al transmitir el secreto empresarial con los manuales hay algunos aspectos que no se puede controlar y se corre el peligro de que el franquiciado acceda para su propio beneficio posteriormente, es por eso que se tiene que confiar en el franquiciado, además de hacerle firmar una cláusula de no competencia.

En ese sentido, queda en claro que el *know how* es la base de toda empresa que se dedica a la franquicia, desde el tema de transmitir el manejo de administración, *marketing*, manejo de trabajadores y problemas hasta la receta debidamente protegida es el cimiento de la empresa, es por eso que la confidencialidad es la base del *know how*.

Cabe mencionar que el *good will* es la reputación que ha ganado la empresa durante todos sus años en funcionamiento y que el público así lo ha valorado tanto por la calidad del servicio o del producto, como precios, etc., y cabe recordar las nuevas tendencias, como las de Coca-Cola, Starbucks, etc., que más que vender sus productos venden sensaciones al público, porque eso es que ahora los clientes buscan ese confort y apasionamiento con la marca.

En ese sentido, ese elemento de reconocimiento no es *per se* un *know how* o elemento de propiedad intelectual, sino que fue la lucha del posicionamiento de las marcas en el mercado nacional o internacional. Se tiene que considerar como concepto lo indicado en el *Diccionario de términos de negocios*, el cual define al *good will* como:

Intangible pero reconocido activo de negocios que es resultado de características tales como la producción o venta de productos de marca y nombre reputados, una buena reputación con la clientela y los proveedores, y la posición del negocio en la respectiva comunidad.¹⁸

En el rubro de las franquicias es fundamental el *good will*, porque en muchos casos la empresa tiene en su marca un prestigio ganado en el mercado que, aunque el producto no sea el mejor, ha generado una fidelidad (*love marks*) entre sus clientes que prefieren ir a ese negocio por su confort, el trato, etc., como podría ser una empresa de marca de cualquier rubro de la que se sabe no es la mejor marca, sin embargo se prefiere ir a su local y consumir dicho producto; del lado opuesto tenemos a los que por su calidad han generado una certeza de compra, como podría ser la automotriz Volvo que debido a los años de existencia ha generado confianza entre los consumidores, ya que estos creen que sus automóviles son de buena calidad y que en un supuesto accidente tendrán menos probabilidad de daño en comparación con otra marca de automóvil.

Es así que el *good will* no es absoluto. No es porque sea la mejor calidad, sino que es lo que a lo largo de los años ha hecho que su servicio y/o producto haya generado la fidelidad del público por cualquier otro elemento brindado en todo ese tiempo, es por eso que tiene un costo alto al momento de cuantificar el canon de entrada de la franquicia.

6.16. Confidencialidad y no competencia

Uno de los hechos que conllevan a demandas arbitrales es el incumplimiento de esta cláusula, ya que el franquiciado durante la ejecución contractual accederá a varios conocimientos e información confidencial, pero que no le da derecho a apropiarse de ello ni a usarlo a su favor en cualquier momento.

¹⁸ FRIEDMAN, Jack P. *Dictionary of Business Terms*. New York: Barron's Educational Series, 1994, p. 258.

Me refiero a que cuando se encuentre terminado el contrato el franquiciado no puede hacer uso de dicha información y, mucho menos, compartirla ni difundirla, si no cometería un hecho que será demandado en una indemnización por daños y perjuicios.

Del mismo modo, el franquiciado, durante la ejecución del contrato y al terminar el mismo, se encuentra prohibido de dedicarse a actividades iguales a la franquiciada, ya que al haber aprendido la administración del negocio no podría ser competidor del franquiciante por un plazo mínimo de dos años que podría llegar a ser cinco años.

En el presente libro se ha desarrollado con mayor amplitud este tema, pero es importante señalar que se debe mantener en custodia y cuidado todos los manuales y la información a los que el franquiciado acceda de forma legal por el franquiciante, y cuando termine el contrato deberá tener el mismo nivel de confidencialidad y no hacer uso de la información de forma directa ni indirecta.

6.17. Notificaciones

Es importante señalar dónde serán hechas las notificaciones de cualquier comunicación entre las partes, ya que no necesariamente es el domicilio fiscal o procesal, sino a elección de las partes, para que tenga efectos válidos cualquier notificación entre ellas, lo que puede incluir correos electrónicos.

Es muy importante comprobar siempre el domicilio real y procesal de las partes, ya que si surge controversia, se va a necesitar un domicilio válido para que se cursen las notificaciones correspondientes y no se genere una vulneración del debido proceso por la falta de notificación de las piezas procesales.

6.18. Resolución contractual e indemnización

De primer plano será por el incumplimiento de cualquier obligación contractual por alguna de las partes, y muchas de estas resoluciones están supeditadas a algún apercibimiento para realizar un descargo previo. Es así que el incumplimiento de aplicar de forma completa y correcta los manuales conlleva la resolución contractual, así como la adulteración de la información de los mismos o el no pago de regalías.

En ese sentido hay que verificar la regulación de la resolución contractual:

Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

El maestro Messineo conceptualiza la resolución contractual de la siguiente manera:

La resolución pone fin al contrato, pero ello importa, implícitamente, que pone fin también la relación obligacional nacida por ese contrato. Solo que la resolución suele ser referida lógicamente al contrato, y porque este no ha sido ejecutado o porque es de ejecución continuada. No es concebible la resolución de un contrato ya ejecutado o de la parte ya ejecutada del mismo.¹⁹

Todo ello sin perjuicio de que muchas de estas resoluciones significan una indemnización por daños y perjuicios frente al incumplimiento, monto que se determinará en el mismo contrato, que es como un desincentivo para incumplir el contrato por parte del franquiciado.

Del mismo modo, hay contratos donde se aplica penalidades por demora en el pago o cierto tipo de incumplimiento no esencial en el contrato.

¹⁹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, p. 333.

Todos estos conceptos serán materia de un proceso arbitral que al haberlo determinado bastaría al demandante indicar la causa de la resolución, se siga el proceso y, con ello, se proceda a su indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

6.19. Derecho aplicable y resolución de conflictos

Por más que sea una franquicia internacional, se determinará la norma aplicable al contrato, ya que muchas veces este tipo de contrato se puede desarrollar en el Perú, pero en la cláusula de resolución de conflictos se indica que el arbitraje será realizado y administrado en otro país, usualmente el país del franquiciante.

En el Perú se suele optar por colocar un convenio arbitral con la Cámara de Comercio de Lima o con el CARC PUCP, debido a la especialidad de sus árbitros y, más aún, al ser un contrato tan importante se suele confiar en estos centros arbitrales.

A veces, el franquiciante incumple el contrato de forma deliberada y el franquiciado, al perjudicarse con ello, decidirá demandar, pero al ver que en el convenio arbitral se señaló que el arbitraje se hará en un centro de arbitraje en Estados Unidos, España, etc., se desmotiva rotundamente al franquiciado con la probabilidad de los altos gastos de llevar un proceso fuera del país de origen, por lo que es real y posible que pase ello, y son así las reglas de juego que acepta el franquiciado al momento de celebrar el contrato.

7. CLASES DE CONTRATOS DE FRANQUICIA

Como no se encuentran reguladas *per se* las clases de Franquicia, la doctrina las clasifica de la siguiente forma.

7.1. *Franquicias de servicios*

Podría catalogarse como el tipo de franquicia más buscado y contratado, y consiste en transmitir los secretos comerciales de una empresa con la licencia de la marca, principalmente, para que sea explotada de la misma forma, pero prestando servicios, sin venta de productos.

En este caso, el objeto de la relación del franquiciado con el cliente será la prestación de esos servicios (una consulta, un préstamo, asistencia técnica, un servicio en un restaurante...), aunque eventualmente pueda acompañarse de la entrega de algún bien (como es el caso del ejemplo del restaurante). Este era también el caso del primer contrato de franquicia de servicios que se sometió a consideración de la Comisión Europea a efectos de evaluar su conformidad con el Derecho de la Competencia, el contrato de la firma Service Master, Ltd., sociedad domiciliada en Inglaterra. El contrato «tipo» que ofrecía la empresa mencionada como franquiciadora tenía por objeto la franquicia de un sistema de prestación de servicios de carácter doméstico, limpieza y mantenimiento.²⁰

Cabe mencionar que este tipo de franquicias se da debido a que el franquiciante posee un prestigio reconocido en la zona, sea local, regional, nacional o internacional.

En mi opinión, hay empresas que no necesariamente venden calidad, sino sensaciones o comodidad, sean físicas o de mero lujo, que siente el usuario al momento de estar en el local o comprar el producto.

7.2. *Franquicias de distribución*

Este tipo de franquicia es otra de las más populares que existen y consiste en que el franquiciante distribuye su o sus productos fabricados por

²⁰ COMISIÓN EUROPEA. *Decisión n.º 88/604/CEE de la Comisión de 14 de noviembre de 1988 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, Service Master*, DO L 332 de 3 diciembre 1988, pp. 38-42.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31988D0604>

él, o si es una mera central de compras, para que el franquiciado revenda sus productos.

María Cebrián, en su tesis doctoral, ha elaborado un concepto interesante al respecto:

Constituye el «prototipo» de franquicia, y es el contemplado por la jurisprudencia comunitaria y por los Reglamentos sobre Derecho de la Competencia. De acuerdo con este contrato, el franquiciado distribuye los productos del franquiciador en un establecimiento que dispone de los signos distintivos de dicho franquiciador.²¹

Por ejemplo, podríamos nombrar las franquicias como supermercados, venta de rosas o incluso ropa, como Zara, Amichi o Victoria's Secret.

7.3. *Franquicias industriales*

Este tipo de franquicia se da cuando el franquiciante fabrica sus propios productos o cede el derecho al franquiciado para que fabrique los productos del franquiciante, ambos se realizarán mediante la cesión de la tecnología, procedimientos mediante los manuales, gestión empresarial, formas y estrategias de venta y mercadeo para que el franquiciado lo realice en el lugar territorial designado en el contrato.

En este tipo de franquicias tenemos bebidas como Coca-Cola o Budweiser.

7.4. *Franquicia de córner*

Este tipo de franquicia se encuentra en auge debido a que consiste en llevarla a cabo en un establecimiento o negocio, en un espacio físico

²¹ CEBRIÁN SALVAT, María Asunción. *Contratos internacionales de franquicia: competencia judicial internacional y ley aplicable en la Unión Europea*. Tesis doctoral de Derecho de la Universidad de Murcia. Murcia: 2017, p. 117.

dentro de este, para que se vendan los productos o se presten servicios del franquiciante.

Enrique Guardiola brinda un concepto sobre este tipo de franquicia:

En estos casos, la franquicia se encuentra dentro de un establecimiento de mayor tamaño, como unos grandes almacenes. Dentro de ese establecimiento, el franquiciado dispone de un espacio para comercializar sus productos (por ejemplo, el *stand* de una marca de alta joyería claramente diferenciado del resto de la estética de los grandes almacenes).²²

Ese alquiler del *stand* puede ser para comida rápida, heladería, negocios para venta e impresión de fotografías, etc.

7.5. *Franquicia principal o máster*

Este es uno de los tipos de franquicias más grande y de mayor valor económico, la cual consiste en que el franquiciante que se encuentra en un país extranjero cederá los derechos a un franquiciado que se encuentra ubicado en un país diferente del primero, para que tome decisiones en el país o países que se determinen en su calidad de franquiciado *máster*, otorgando la cesión de los derechos de la franquicia a otros franquiciados dentro del territorio licenciado.

En cuanto al contrato suscrito entre el franquiciador y el *máster* franquiciado (el contrato denominado de «*máster franquicia*»), la mayoría de la doctrina que se ha referido al mismo se ha inclinado por considerar que el mismo se ha de considerar, al igual que el contrato de franquicia directa, como un contrato de prestación de servicios, a cargo del *máster* franquiciado.²³ Esta posición parece la más correcta. Como se ha indicado en el primer capítulo de este trabajo, estos contratos son definidos

²² GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Op. cit.*, p. 245.

²³ HOLLANDER, Pascal. «Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale». En HOLLANDER, Pascal (director). *Le droit de la distribution*. Lieja: Anthemis, 2009, pp. 285, 287-288; WAUTELET, Patrick. «Le contrat de franchise – aspects internationaux». En *Revue Droit International Privé - Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n.º 2,

en el art. 1.3 del Reglamento (CEE) 4087/88 como aquellos en que «una empresa, el franquiciador, otorga a la otra, el franquiciado principal, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia con terceros, los franquiciados».²⁴ En definitiva, suponen que el franquiciador transmite el paquete de la franquicia a un sujeto (el máster franquiciado) al que encarga la configuración de la red de franquicias en un determinado territorio. El máster franquiciado asume así el papel de franquiciador en ese territorio.²⁵

El máster franquiciado tiene dos perfiles: es a su vez franquiciado y franquiciante, siendo este responsable de todos los derechos licenciados a su favor para que con la experiencia y la capacitación que recibe del franquiciante original, se encargue de seleccionar nuevos franquiciantes bajo las mismas reglas previamente establecidas con el franquiciante original.

8. COMPONENTES DE LA FRANQUICIA

La franquicia posee varios elementos que podrían ser variables, según el tipo de franquicia. Se procederá a explicarlos.

2011, p. 112. Únicamente se manifiesta en contra GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura. «Los contratos de franquicia internacional». En *Revista de Derecho Mercantil* n.º 275, 2010, p. 278, para quien: «No se trata en este caso de un contrato que pudiera encuadrarse en esta categoría y, aunque así lo consideráramos, me parecería complicado identificar quién sería el prestador de servicios en un contrato de máster franquicia». Para esta autora, el contrato de máster franquicia debería quedar, por lo tanto, sujeto al artículo 7.1.a RB-I bis, determinándose en cada litigio la obligación que sirve de base a la demanda para identificar el foro especial en materia contractual.

²⁴ COMISIÓN EUROPEA. *Reglamento (CEE) n.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia*; DO L 359 de 28.12.1988, p. 46/52. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1988-81524>

²⁵ CEBRIÁN SALVAT, María Asunción. *Op. cit.*, p. 117.

8.1. Documentos informativos

Siempre al inicio de contratar con un franquiciante se tiene que acceder a los documentos informativos del mismo, saber en qué consiste la empresa y proceder una secuencia antes de gestionar el contrato. Podemos mencionar los siguientes.

8.1.1. Dossier informativo o Circular de Oferta de Franquicia (COF)

Es un documento donde de forma resumida se procede a indicar en qué consiste la franquicia, a qué rubros se dedica, los antecedentes de la misma, el éxito que ha tenido en todos los años y el crecimiento del mismo, en donde algunos también optan por colocar los montos de la inversión inicial del mismo y el tiempo en que la recuperarán.

Walter Aguirre señala respecto del COF:

Antes de suscribir el contrato de franquicia, resulta importante mencionar la Circular de Oferta de Franquicia (COF), instrumento previo al contrato, exigido legalmente en muchas jurisdicciones donde el sistema de franquicias ha alcanzado un importante grado de desarrollo y consolidación. Si bien este documento no es un requisito legal en nuestro país, su uso es bastante común, y tiene como objeto que el potencial franquiciado conozca con la mayor precisión y veracidad posible quién es el franquiciante, las características del sistema de franquicias, y bajo qué términos y condiciones se otorgará la franquicia.

La COF usualmente contiene los datos básicos del franquiciante, descripción de la franquicia, los derechos de propiedad intelectual involucrados, las contraprestaciones económicas, los tipos de asistencia técnica que brindará el franquiciante, la especificación del territorio otorgado al franquiciado, obligaciones de confidencialidad y, en general, todas las obligaciones y derechos que tendrá el franquiciado.²⁶

²⁶ AGUIRRE VIDAURRE, Walter. *Op. cit.*, p. 19.

8.1.2. *Cuestionario de candidatura*

Cuando el potencial futuro franquiciado quiere tener mayor alcance de forma económica y mayores alcances del negocio, tiene que llenar un cuestionario de candidatura, con respuestas debidamente seleccionadas para que el franquiciante pueda tener una idea del perfil del futuro franquiciado y, de ser el caso, si cumple con los estándares previamente indicados, se pueda proceder a una entrevista personal.

8.1.3. *La entrevista*

Es fundamental la entrevista, porque se harán preguntas enfocadas a la experiencia del futuro franquiciado, las decisiones que tomaría ante ciertas situaciones, su idea del negocio, etc., y se evalúa detenidamente todos sus antecedentes, por lo que generalmente no interesa mucho que sea profesional con MBA, por ejemplo, sino que cumpla el perfil que se busca, porque la idea de la franquicia es únicamente seguir al pie de la letra lo detallado en los manuales para que tenga éxito.

Es importante señalar que no se puede entregar el esfuerzo de todos los años y del negocio a cualquier persona que se presente con dinero, sino que hay que tener mucho cuidado con la selección de franquiciado, porque existirán varios postulantes después de ese candidato. Por eso es fundamental tener un control previo del postulante.

Si es que se aprueba todos los filtros, se procederá a redactar el contrato de franquicia y efectuar los pagos correspondientes.

8.2. *Inversión inicial*

Cabe mencionar que para realizar una franquicia se tiene que evaluar todos los gastos que conllevarán desde el derecho de adquirir la franquicia hasta su inicio y ejecución.

Cuando se reparte la Circular de Oferta de Franquicia ya se puede tener una idea del total de gasto inicial que se tendrá que invertir, como incluye el pago por canon de entrada, las regalías, *fee* publicitario, pagos por alquiler de local, mobiliario, contratación de personal, etc.

8.3. Canon de entrada

Para acceder a la franquicia se debe realizar el primer pago, que es único por el tiempo que dure el contrato. Estamos hablando del canon de entrada o del *franchising fee*, que es el derecho de pago que tiene que asumir el franquiciado para que se le licencie los signos distintivos, además de que este precio, que regularmente es elevado, incluye la capacitación que se va a brindar —pero si es el traslado del franquiciante fuera de la zona, el franquiciado tendrá que asumir aparte los viáticos—, también un punto muy importante como la gestión y asistencia de obtención de local y, sobre todo, la obtención de los manuales en donde se encuentra el *know how* del franquiciante.

Cabe mencionar que en el canon no se encuentra incluido los gastos que tendrá que asumir el franquiciado, como el pago de personal, mobiliarios, pagos por local, impuestos, etc.

8.4. Regalías

Lo interesante y rentable de la franquicia son los *royalties*, ya que el franquiciante obtiene el beneficio para que se le pague por un periodo mensual durante toda la vigencia del contrato un porcentaje del total de las ganancias del franquiciado. Dicho porcentaje puede ser de los ingresos netos o brutos, y sí puede fluctuar de todos los montos, pudiendo ser desde el 1 % hasta los 45 %, pero el porcentaje promedio ronda entre el 5 % y el 10 % de los ingresos netos mensuales.

Laura García comenta los tipos de regalías:

Estos «royalties» pueden ser directos, indirectos o mixtos: (i) directos: se puede establecer directamente un porcentaje de la cifra de negocio del establecimiento franquiciado —franquicia directa— o de los *royalties* que a su vez se reciben de los subfranquiciados —máster franquicia—, o cantidades fijas actualizables; (ii) indirectos: en el caso de la franquicia directa, la contraprestación puede encontrarse reflejada en el precio de los productos que el franquiciador suministre al franquiciado, en su caso; también puede darse el caso de que el franquiciador designe a proveedores homologados de los que deben suministrarse los franquiciados, sobre los que se puede percibir un *rappel*; y (iii) mixtos: cuando combinan alguno de los métodos expuestos. Además de los anteriores, suele pactarse un canon de publicidad y pueden pactarse otros, como un canon de decoración o de gestión.²⁷

Es por eso que mientras más exitoso lleve el negocio el franquiciado, el franquiciante mensualmente recaudará más dinero por las ventas.

8.5. Fee publicitario

Otro concepto interesante de la franquicia es el pago que realiza el franquiciado de forma mensual por la publicidad local, nacional e internacional de la marca materia de franquicia, para seguir promocionando y captando nuevos clientes, con lo que todos los franquiciados se benefician de dicha actividad, pero todo esto es por el pago aproximado del 3 % del ingreso neto o bruto mensual que tiene el franquiciado y que debe abonar al franquiciante porque únicamente él es quien gestiona el *marketing* y la publicidad. Es catalogado como un tipo de regalía, solo que abarca la publicidad de la marca.

²⁷ GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura. *Op. cit.*, p. 254.

8.6. Asistencia técnica

Es un beneficio que posee el franquiciado por el pago del canon, el cual abarca la búsqueda del establecimiento y la capacitación del personal que es contratado para iniciar las actividades. Del mismo modo, se realizará visitas durante la vigencia del contrato para constatar cómo va operando la franquicia y cómo se podrá resolver algunas deficiencias.

Al respecto, Laura García indica:

El franquiciador también adquiere un compromiso de asistencia al franquiciado tanto inicial como permanente. Esta asistencia puede ser comercial, técnica e incluso financiera y jurídica. En los contratos de franquicia directa se puede concretar, por ejemplo, en la asistencia para buscar un local con características técnicas y ubicación adecuadas y para montarlo según las normas de diseño y decoración propias de la cadena. En los de máster franquicia es habitual la asistencia en la selección de los futuros subfranquiciados. En ambos tipos de contratos también puede consistir en apoyo en la búsqueda de financiación, formación del franquiciado y del personal a su cargo, y en su caso, de los distintos subfranquiciados, y en general apoyo al franquiciado durante la vigencia del contrato (suministro, formación, sistemas de gestión, apoyo comercial, aportación de clientes, investigación de mercados, aportación de informaciones útiles...). Si la cadena de franquicias crece, el franquiciador tendrá que mejorar los flujos de comunicación y los recursos humanos destinados a la asistencia: entre los medios que suelen utilizarse se pueden encontrar circulares internas, boletines informativos periódicos, convenciones, cursos de reciclaje.²⁸

9. DIFERENCIAS CON OTRO TIPO DE CONTRATOS

Existe mucha confusión y algunas similitudes de este contrato con otro tipo de contratos que tienen elementos parecidos, pero diferencias sustanciales. Podemos mencionar los siguientes.

²⁸ *Idem*, pp. 253-254.

9.1. *Contrato de joint venture*

También denominado de «riesgo compartido», es un contrato atípico en colaboración de dos o más empresas que realizan actividades independientes, llevan a cabo una operación comercial compartiendo los riesgos, las ganancias y pérdidas económicas, en donde ambas empresas aportan diferentes elementos empresariales, desde capital hasta la experiencia para un fin en común y, además, dicha alianza no genera una nueva empresa.

El profesor Max Arias-Schreiber indicaba:

El contrato de riesgo compartido es un instrumento contractual que responde a la necesidad de movilizar capitales en búsqueda de alta rentabilidad y correlativa reducción de riesgo, en el que las partes se juntan con un criterio de coparticipación que asume las más diferentes formas y matices. No existe, pues, una definición exacta y final de este contrato, sino que hay varios conceptos del mismo según sean las modalidades que aparezcan en su concertación. Pero, sin duda alguna, coincidimos con quienes señalan que se trata de un instrumento destinado a establecer o fortalecer vínculos entre empresas que buscan un propósito común destinado a poner en marcha un negocio o modernizar uno que ya existe. En este contrato pueden las partes actuar de modo individual o crear una empresa que tenga personería jurídica y patrimonio propio.²⁹

La diferencia con la franquicia radica en que en esta se tiene que licenciar un elemento de propiedad intelectual, como puede ser un derecho de autor, marcas o patentes, ya que es por esa fama que se ha recurrido a la franquicia, mientras en el *joint venture* no es así, porque no es requisito indispensable para desarrollar la actividad empresarial, porque muchas veces solo importa la experiencia de la empresa o sus bienes como aporte tecnológico.

²⁹ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 411.

También tenemos como diferencia que en el *joint venture* hay una incertidumbre en las consecuencias, entiéndase que el riesgo es desconocido para ambos, porque se estarían sujetando a diferentes condiciones empresariales y sociales, mientras que en la franquicia el riesgo existe, pero es menor, porque el franquiciado únicamente tiene que aplicar toda la experiencia del franquiciante expresado en los manuales y, en el supuesto de fracaso, solo el franquiciado perdería su inversión, mas no el franquiciante, porque no devolverá el canon de entrada y cobrará su mensualidad hasta la resolución contractual y, es más, se tendría que evaluar si habría alguna penalidad si se llegara a dicha decisión.

Otra diferencia sustancial es que en la franquicia se tiene que pagar el derecho de canon de entrada, que suele ser elevado, porque solo así se puede acceder a la misma, mientras en el *joint venture* no es tanto así, porque no existe dicho canon de entrada, ya que el aporte es mutuo de ambas partes entre capital hasta personal.

9.2. Contrato de distribución

Es un contrato que podría ser el más parecido a la franquicia. Es así que este tipo de contrato se da cuando una persona capacitada, a quien se le denomina distribuidor, se encarga de poner a disposición su red empresarial a otro empresario para que en un plazo y zona geográfica que ambas partes acuerden distribuya los productos que se le entreguen, pero siempre bajo la supervisión y control del empresario, y bajo condiciones exclusivas para que se proceda a la reventa.

Para Perrota y Couso, el contrato de distribución se define así:

Contrato por el cual el productor o fabricante convienen el suministro de un bien final al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona

determinada, y a cambio de un porcentaje que puede consistir en un descuento sobre el precio de venta del producto.³⁰

Hay leves diferencias entre ambos contratos. Tenemos que en la franquicia hay una licencia de los elementos de propiedad intelectual, manuales, capacitación y *know how*, mientras que en el contrato de distribución no se transmite el *know how*, manuales, capacitación y tampoco casi todos los elementos de propiedad intelectual, salvo los de signos distintivos, como son las marcas y lemas comerciales, en especial, teniendo el distribuidor la posibilidad, además de usar la marca de la empresa, de usar sus propios elementos de propiedad intelectual.

Cuando hablamos del elemento obligaciones contractuales, nos referimos a que el franquiciado únicamente tiene la obligación de seguir todos los pasos de los manuales, no tiene por qué innovar, sino únicamente cumplir al pie de la letra lo que el franquiciante le entregó y en lo que lo capacitó, porque si habría algún cambio podría ocasionar problemas a la franquicia; en cambio, en el contrato de distribución no es tanto así, sino que queda a libre disposición del distribuidor la forma como llevar el negocio, siempre cumpliendo su zona de exclusividad asignada.

10. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En el contrato de franquicias, ambas partes asumen derechos y obligaciones. A continuación su desarrollo.

10.1. *Derechos del franquiciante*

- Recibir los pagos que genere el contrato como: el pago único del canon de entrada; los pagos mensuales de las regalías y del *fee* publicitario; y según el tipo de contrato y lugar de la franquicia,

³⁰ PERROTA, Salvador y COUSO, Juan Carlos. «Contrato de distribución». En *Contratos de Empresa, II Jornadas Rioplatenses de Derecho*, s/f, p. 173.

los viáticos por capacitación por cada viaje que se realice al local del franquiciado.

- Fiscalizar y controlar las acciones del franquiciado durante la ejecución del contrato, esto quiere decir que se tiene que verificar que el franquiciado cumpla los manuales de franquicia al pie de la letra.
- Adquirir las nuevas ideas en la franquicia que sean proporcionadas por el franquiciado sin necesidad de pago alguno. Por ejemplo: tropicalizar la franquicia; crear un nuevo tipo de hamburguesa especial en cierta zona, ciudad e incluso país (como el caso de la India, con el ingreso de una empresa peruana de hamburguesas, para no vender carne de vaca en un país donde dicho animal es sagrado).
- Solicitar acceso a las ventas del franquiciado y de la documentación que considere pertinente como puede ser los comprobantes de pago (ahora existen programas de ordenador en los que pueden revisar en tiempo real todas las ventas, pedidos y pagos que está recibiendo un franquiciado).
- Controlar el cuidado de los signos distintivos que se haya licenciado. Del mismo modo, verificar que el franquiciado esté cumpliendo con el pago de sus obligaciones, como es el pago de alquiler del local, impuestos, sueldo de los trabajadores, etc., bajo causal de resolución contractual.

10.2. Derechos del franquiciado

- Exigir que se le capacite de forma adecuada para el inicio y ejecución de las operaciones de la franquicia.

- Respeto por la exclusividad local, zonal, distrital, regional o nacional.
- Que se realice la publicidad de su local de franquicia de la misma forma que lo hacen los demás franquiciados.
- Ser aprovisionado de forma oportuna de todos los insumos y productos para que siempre cuente con *stock* suficiente para realizar el negocio sin desabastecimiento.

10.3. Obligaciones del franquiciante

- Una de las obligaciones más importantes es delimitar el derecho de exclusividad territorial, porque sin este elemento un franquiciado podría fracasar en su competencia. Por ejemplo: si en un centro comercial se le otorga la franquicia de café X a un empresario, la idea que sea el único X en ese centro comercial, si no habría canibalismo empresarial.
- Licenciar de forma correcta y escrita el uso de todos los signos distintivos de la franquicia, y según el tipo de franquicia podrían ser invenciones e incluso derechos de autor.
- No modificar de forma unilateral las condiciones contractuales, ya que normalmente no se firman adendas durante la ejecución del contrato, pero si se realizara, tiene que ser de mutuo acuerdo.
- No interferir o realizar gestión en la administración del franquiciado.
- Llevar el control y aprovisionar a tiempo todos los insumos o productos que son materia de la franquicia.

- Realizar una continua asistencia técnica y comercial, ya que ello es importante en el manejo del negocio, elección de trabajadores, negociaciones e incluso búsqueda de local.

10.4. Obligaciones del franquiciado

- Realizar de forma oportuna los pagos del canon, regalías, *fee* publicitario y, si se da el motivo, el pago de viáticos por capacitación.
- Cumplir al pie de la letra todos los manuales de franquicia.
- Respetar el *know how* entregado y, del mismo modo, no modificar ninguna preparación de alimentos como puede ser, por ejemplo, utilizar insumos diferentes de los especificados, no realizar la limpieza de los ambientes del local, etc.
- No realizar ninguna modificación, mejora o retiro de algún aspecto en la franquicia. Consultar siempre al franquiciante y recibir su autorización.
- Otorgar toda la documentación y recibir la fiscalización el día pactado con el franquiciante.
- Realizar la compra de los insumos con los proveedores que el franquiciante haya indicado.

11. MANUALES DE FRANQUICIA

En las franquicias no existe uniformidad en los manuales, por lo que pueden variar en el número y los tipos. Debido a esto se procederá a mencionar los más importantes.

11.1. Manual de operaciones

En él se detalla cómo tiene que ser el establecimiento, el diseño de su interior, las medidas adecuadas del decorado, ubicación, colocación de la publicidad, colores internos y el *trade dress* que es básico en una franquicia. Del mismo modo, las instalaciones y mantenimiento de los aparatos informáticos a utilizar; la forma de ubicación del mobiliario; el rango de la limpieza del local en salones y baños; los protocolos para la seguridad del establecimiento; y también puede estar establecida la contratación de los seguros, pólizas, el servicio al cliente y la mercadotecnia.

Por ello en este manual se determinará la estructura orgánica de la empresa, y contendrá cómo los trabajadores deben desempeñarse en sus puestos de trabajo, y los rangos que correspondan con sus funciones y demás procesos que sean necesarios según el tipo de negocio a franquiciar.

11.2. Manual de inducción

En él se indica el concepto de franquicia a seguir y se enfoca los derechos de los franquiciados y las responsabilidades que se debe cumplir tanto en las obligaciones contractuales como en los pagos.

Es un manual donde se detallará las operaciones y responsabilidades que se tienen dentro del negocio y la estructura de la empresa.

11.3. Manual de apertura

Se detallará el paso a paso a seguir para comenzar la gestión de la franquicia y cómo realizar la apertura del negocio en temas como trámites, permisos, remodelaciones, servicios, y los procedimientos de capacitación de los trabajadores y otros legales.

11.4. Manual de imagen corporativa

La idea de una franquicia es que los trabajadores manejen el mismo uniforme, la misma forma de presentación al dialogar con el cliente, de presentación de los productos, y que los logotipos sean iguales y en los mismos lugares, para que el consumidor no sienta diferencia alguna entre el local de una ciudad o distrito con el de otro.

11.5. Manual de logística

El franquiciante impondrá al franquiciado que compre todos los productos y adquiera los servicios de los proveedores que se detalle en el manual, para que no haya diferencia alguna con algún otro local en calidad y presentación del producto o servicio.

Del mismo modo, se llevará el control del *stock* de los productos que se consuma y se informará al proveedor designado por el franquiciante para que abastezca al negocio con los insumos o productos cuando estén en un bajo porcentaje y no quedar en desabastecimiento.

CAPÍTULO II

ARBITRAJE EN FRANQUICIAS

1. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN FRANQUICIAS

Al respecto, al ser un contrato atípico, no existe una línea de decisión para acudir a algún medio de solución de controversias, por lo que queda a libre decisión —en casi todos los casos— determinar el que mejor convenga.

1.1. Negociación

Este es un elemento que se suele colocar como previo a iniciar cualquier intervención con un tercero neutral.

Es así que la parte —casi siempre la franquiciada— solicita una reunión o una serie de reuniones para comentar los inconvenientes que están surgiendo durante la ejecución del contrato y que de cierto modo se vuelven insostenibles o ponen en peligro a la franquicia, lo que se explica con diversas alternativas como la falta de liquidez o de ingresos en ventas en los últimos meses, crisis sociales o locales que provocaron pérdidas, etc.

Es evidente que este tipo de acercamiento con el franquiciante o máster tiene que ser mediante un abogado especialista en negociación y trato negocial, ya que si lo es en la corriente judicial o de conflicto resulta muy probable que no se llegue a ningún punto en común y el franquiciante decida no acoger ningún pedido del franquiciado.

Sobre la negociación, Ricardo Arredondo expresa lo siguiente:

Las negociaciones proporcionan, asimismo, medios esenciales para la solución de controversias tanto en la etapa inicial de los procedimientos de arreglo como también cuando conducen al acuerdo final o a su implementación. Como se señalará, el recurso a las negociaciones puede ser voluntario u obligatorio. Resulta más fácil la consecución de acuerdos cuando las partes en las negociaciones poseen características similares, aunque este no siempre es el caso, ya que los Estados menos desarrollados se ven obligados, en muchas ocasiones, a negociar con Estados con mayores recursos y poder.³¹

Es importante recordar que en este tipo de contratos los franquiciantes son los que tienen el poder contractual y negocial, por lo que —en su mayoría— van a mirar por encima al franquiciado —lo que no se recomienda, ya que al final son un equipo o familia— y solo se ceñirá a lo establecido en el contrato.

Se tiene que analizar a profundidad al franquiciante y ver cuál es el problema que se le quiere alcanzar para tener diferentes alternativas y un «plan b» frente al rechazo de algunas de ellas. Se podría llegar a un acuerdo, pero es muy difícil que eso pase, ya que si es tolerante con un franquiciado —exonerando el pago de algunos meses o dando algunos beneficios extra— eso podría ser utilizado por los demás franquiciados para solicitar el mismo derecho o beneficio otorgado al franquiciado, lo que conllevaría una crisis en la franquicia, salvo que el franquiciante sea consciente y comprenda el inconveniente.

Es por ello, por la naturaleza del contrato, que se recomienda en este tipo de negociación llegar con una propuesta que también pueda favorecer al franquiciante y, evidentemente, se respete en todo momento la confidencialidad debido a que dicha situación no puede ser divulgada.

³¹ ARREDONDO, Ricardo. «La negociación como método de solución de controversias internacionales». En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* n.º 1, noviembre de 2019, p. 103.

Si llegó a acoger total o parcialmente lo solicitado es importante, por el bienestar y seguridad del franquiciado, que conste por escrito dicha negociación, pudiendo ser una adenda, según corresponda, porque si es solo hablado, podría ocurrir que más adelante el franquiciado proceda a cobrar dichos conceptos e incluso ejecutar garantías o ejercer la cláusula de compensación o resolución contractual por falta de pago.

Ahora, si a pesar de las buenas intenciones no se llegó a ningún acuerdo, solo procede acudir a las demás alternativas de solución.

1.2. Mediación

La mediación es una alternativa que particularmente me agrada más que una conciliación, solo que tiene un inconveniente: es atípica en el Perú, no se encuentra regulada y carece de lo más importante que es la categoría de título ejecutivo, como sí lo tiene el acta de conciliación.

La mediación es parecida a la conciliación ya que interviene un tercero imparcial que llevará adelante las reuniones y la búsqueda de solución fomentando las propuestas de las partes sin que el mediador intervenga en estas ni ordene alguna decisión, ya que no es competente al respecto.

La mediación es confidencial en todos sus aspectos debido a que no se publicitará si las empresas buscaron acudir a un centro o el acta de mediación, dando una ventaja interesante frente a cualquier riesgo de que se filtre frente a terceros.

Pérez Martell señala al respecto:

La mediación, por tanto, se caracteriza por la flexibilidad y la creatividad en las soluciones alcanzadas, lo cual presenta una doble ventaja: por un lado, si se llega a alcanzar una solución, esta será más específica al haber podido identificar el problema real; además, si las partes son capaces de solucionar el conflicto, es probable que las relaciones entre las mismas

mejoren, pues podrán hacer frente a los eventuales futuros conflictos con las herramientas que la mediación les proporcionen.³²

Al no estar regulada en el Perú, no es común ver centros de mediación, pero aun así se realizan mediaciones en materia laboral y empresarial, lo que llega a tener valor jurídico cuando alcanzan un acuerdo, lo convierten en contrato o incluso se emiten letras de cambio para garantizar su ejecución.

Lastimosamente, en franquicias no es común en el Perú acudir a mediación, debido a esa falta de fundamento legal, a diferencia de otros países como Ecuador o España, donde sí está regulada, pero ello no quita que en algunos contratos, sobre todo en franquicias internacionales, se acuda a la mediación, pero desarrollada en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI,³³ donde de forma remota se desarrolla la solución de controversias en propiedad intelectual y, por ende, se puede desarrollar para las franquicias.

1.3. Conciliación

Es una alternativa regulada en el Perú, que consiste en acudir a un tercero independiente que buscará llegar a una solución entre las partes, donde incluso interviene proponiendo alternativas de solución —a diferencia de la mediación— para que las partes las puedan considerar.

Una diferencia importante entre la conciliación y la mediación es, según Roberto Matallana:

La conciliación, al igual que la mediación, implica la presencia de un tercero (conciliador) en la solución del conflicto, pero se diferencian en que el conciliador tiene un rol más protagónico, pues está habilitado para

³² PÉREZ MARTELL, Rosa. *El arbitraje en el contrato de franquicia*. Madrid: Dijusa, 2006, pp. 72-73.

³³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). *Solución alternativa de controversias*. <https://www.wipo.int/amc/es/>

plantear propuestas de solución. En cambio, en la mediación, el tercero solo actúa como comunicador.³⁴

Como hemos indicado, la ventaja de la conciliación en el Perú es que el acta de conciliación tiene calidad de título ejecutivo, o sea, se procedería a ejecutar frente al incumplimiento del acuerdo, siendo una gran ventaja frente a demandar judicialmente un simple incumplimiento de contrato, lo que conllevaría perder más tiempo frente a solo ejecutar.

Resulta común que muchas de las veces dicho conciliador no tenga conocimiento técnico especializado para cierto tipo de contratos, como sería para las contrataciones con el Estado, y en este caso es probable que no exista un conciliador o que haya pocos que dominen materias de franquicias, importante para que comprenda el inconveniente y pueda apoyar con conocimiento correcto; lastimosamente, en el Perú cualquier persona que lleve un curso puede acceder a ser conciliador, por lo que los empresarios no suelen confiar en este medio alternativo de solución de controversias.

1.4. Poder Judicial

Es evidente que acudir al Poder Judicial es adecuado para la resolución de las controversias, pero ¿para franquicias sería lo ideal?

Muchos de los jueces que serían competentes en resolver estas controversias tienen conocimiento de la materia civil y comercial, por lo que podría presumirse que también lo tienen para este tipo de casos, pero no es necesariamente el ideal.

Al ser un medio correcto, el inconveniente de lejos salta a la luz: el tiempo de duración de dicho proceso judicial, ya que por la cuantía se

³⁴ MATALLANA RUIZ, Roberto. «La conciliación laboral: examen de su funcionalidad como sistema de resolución de conflictos». En *Themis* n.º 75, 2019, p. 140.
https://www.researchgate.net/publication/346830455_La_conciliacion_laboral_Examen_de_su_funcionalidad_como_sistema_de_resolucion_de_conflictos

determinará la vía procesal y la competencia, que será pactada en Unidad de Referencia Procesal - URP, que es el 10 % de la Unidad Impositiva Tributaria - UIT, y que al tener la vía sumarísima, abreviada y de conocimiento como la competente para ser resueltas según las tablas de cuantía establecidas en el Código Procesal Civil significaría que estaríamos hablando como mínimo de un proceso judicial en vía abreviada e incluso podría llegar a procesos en vía de conocimiento, ya que los montos o controversia radican en faltas de pago, penalidades, garantías e indemnización.

Cabe recordar que los empresarios buscan generar dinero y si acuden al Poder Judicial tendrían una sentencia definitiva con las instancias agotadas en no menos de cinco años, pudiendo superar los diez años hasta tener dicha resolución con calidad de cosa juzgada, viendo su dinero dormir en el tiempo, y es dinero que dejaron de invertir y, por ende, es dinero que perdieron.

2. ARBITRAJE

Dentro de las formas de resolver controversias a nivel nacional e internacional sobre materia empresarial es evidente que el arbitraje es la idónea para contratos de franquicias.

El arbitraje, al tener facultad jurisdiccional que le otorga la propia Constitución Política del Perú, será la forma más idónea de resolver controversias de franquicias, por lo que se puede analizar del siguiente artículo constitucional:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[...].

Cabe recordar que la comunicación con las partes en el contrato de franquicia, al ser uno de colaboración empresarial, es sumamente importante antes y durante su ejecución, ya que al celebrarlo se entregará múltiples documentos y el nacimiento de obligaciones que al incumplirlo conllevará buscar una solución a la controversia, y cuando no haya más opción que negociar, mediar o conciliar, el arbitraje será la opción más importante.

2.1. Concepto

El arbitraje es una de las formas más completas y especializadas de resolución de controversias donde las partes, gracias al convenio arbitral, renuncian de forma expresa a acudir al Poder Judicial y confían en un árbitro único o en un tribunal único que se desarrolle de forma *ad hoc* o institucional, y además deciden si se desarrollará de derecho o de equidad para esperar un laudo arbitral que resuelva su controversia. Este es inapelable y tiene calidad de título ejecutivo y de cosa juzgada.

Cristina Hermida emite el siguiente concepto sobre el arbitraje:

El arbitraje constituye un método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. El arbitraje, como proceso que

es, se basa en el derecho de defensa de las partes y en el principio de igualdad.³⁵

La OMPI brinda otorga otro concepto interesante de arbitraje:

El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.³⁶

Para reforzar el concepto nos vamos a guiar de lo indicado Giusseppe Vera:

El arbitraje es una institución que forma parte de los medios alternativos de resolución de conflictos y, como tal, una opción frente a la justicia estatal o jurisdicción impartida por el Poder Judicial. Tiene el carácter de vinculante u obligatorio para aquellos que han participado de él. Así, para la profesora Gaspar Lera, el arbitraje es «[...] la institución por la que las partes de una determinada relación jurídica someten voluntariamente a la decisión vinculante de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas que, con ocasión de dicha relación, se suscitan sobre derechos arbitrales».³⁷ (1998: 53-54). Es decir, importa el sometimiento de las partes a la decisión del laudo arbitral, pues por algo han renunciado a la jurisdicción.³⁸

En ese sentido, el arbitraje es un medio de solución recomendado que se tiene que incorporar en el contrato de franquicia para que una de las partes —franquiciante o franquiciado— que se sienta perjudicada por la acción u omisión de la otra, pueda acudir a un tercero especialista

³⁵ HERMIDA DEL LLANO, Cristina. «Arbitraje». En COLLANTES, Jorge Luis. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, Lima, 2011, p. 94.

³⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). *¿Qué es arbitraje?* <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

³⁷ GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 1998, pp. 53-54.

³⁸ VERA CACHO, Giusseppe. «Consideraciones generales acerca del arbitraje». En *Ius Et Praxis* n.º 44, 2013, p. 15. http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/73

en materia de franquicias y proceda a resolver la controversia y conseguir un laudo que será de cumplimiento obligatorio para las partes.

Claro que la determinación del convenio arbitral es sumamente importante y de observación, ya que se recomienda de plano que se realice de forma institucional, ya que estos centros cuentan con un reglamento y una estructura idónea para la resolución de la controversia.

2.2. Motivos para acudir a arbitraje en franquicias

Al respecto, como se señaló, hay varios motivos para que las partes opten en incluir el convenio arbitral en su contrato.

2.2.1. Celeridad

Es evidente que el proceso arbitral tiene la característica de ser célere, ya que cuando el árbitro acepta el cargo, acepta la disponibilidad al mismo, por ende, se proyecta que se desarrolle en pocos meses o incluso en un año o hasta dos, pero de cualquier forma es mucho más rápido que ir a un proceso judicial.

2.2.2. Confidencialidad

En el proceso arbitral, en el ámbito privado, las piezas procesales e incluso el laudo arbitral no son públicos en el Perú, ni algún dato, conflicto o elemento que pueda generar la identificación de las partes o el conflicto, por lo que garantiza total confidencialidad de lo que se realice desde la solicitud hasta el laudo arbitral.

El Decreto Legislativo n.º 1071 reguló la confidencialidad total del arbitraje, salvo en materia de contrataciones del Estado, como se puede analizar:

Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes *ad hoc* asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

En ese sentido, todas las partes vinculadas de forma directa e indirecta con el proceso arbitral tienen que guardar silencio sobre las actuaciones arbitrales, escritos, audiencias, testigos, peritos, laudo arbitral entre otros, con excepción de la materia de Contrataciones del Estado.

2.2.3. Flexibilidad

Una gran ventaja para solucionar la controversia es que el arbitraje permite que las partes puedan determinar las reglas del proceso y modificarlas en el transcurso del proceso, siempre mediante acuerdo entre ellas y la aprobación del árbitro.

Claro está que si deciden acudir a arbitraje institucional, las partes se abocarán al cumplimiento del reglamento del centro de arbitraje y las reglas definidas en el proceso.

2.2.4. Especialidad

El conocimiento en la materia y ejercicio profesional de los árbitros en franquicia (al menos en los centros de arbitraje más importantes del país) generará que fluya con normalidad el desarrollo del mismo y que el árbitro pueda participar con tranquilidad, al entender el concepto y funcionamiento de este tipo de contrato, con lo que se garantiza que haya un laudo arbitral con una motivación adecuada.

Los árbitros que se encuentran en las listas de los centros de arbitraje más importantes del país tienen que indicar y probar su experiencia, conocimiento y estudios sobre las materias que hayan elegido para arbitrar, y los centros evaluarán dicha información para su incorporación o no.

2.2.5. Independencia e imparcialidad

Todos los árbitros tienen que ser, parecer y permanecer independientes e imparciales en todo momento del proceso arbitral para garantizar un debido proceso para las partes. Las directrices IBA sirven para evaluar si algún árbitro se encuentra impedido para resolver la controversia sin presuntas dudas razonables.

Para entender bien la obligación de los árbitros de ser independientes e imparciales y que se respeten las directrices IBA es importante delimitar los conceptos comentados por Carlos Matheus:

Tradicionalmente, se considera que la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es en esencia subjetiva y se observa en

función de predisposiciones intelectuales o, lo que es lo mismo, la independencia —de carácter objetivo— se refiere a la posición o situación del árbitro, en tanto que la imparcialidad —de carácter subjetivo— viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico. Por lo cual cabe afirmar que la independencia, reducida a una noción objetiva, consiste básicamente en una situación de no dependencia respecto a una parte. En tanto la imparcialidad, como noción subjetiva, importa el no ser parcial, esto es, no demostrar una prevención dejándose invadir o dominar por opiniones preconcebidas y factores extraños a los méritos del caso.³⁹

2.2.6. Laudo con calidad de cosa juzgada

Según el numeral 2 del artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071, el laudo arbitral tiene la calidad de cosa juzgada y por ello no cabe apelación ni cuestionamiento de fondo en contra del mismo, salvo que sea la interposición de un recurso de anulación, pero son más materias de forma, aunque últimamente se viene desnaturalizando dicho instituto arbitral.

Tania Echandía, al referirse a la cosa juzgada, señala:

En ese sentido, la cosa juzgada se refiere a la inmutabilidad, inviolabilidad de decisiones; es decir, a la prohibición a la reiteración de juicios. Por tanto, se debe respetar lo establecido ya sea en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso; por tanto, no puede ser objeto a una nueva revisión, salvo las excepciones previstas.⁴⁰

³⁹ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Reflexiones sobre la independencia e imparcialidad del árbitro». En *Advocatus* n.º 32, 2015, p. 95. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n032.4386>

⁴⁰ ECHANDIA MORENO, Tania Miluska. *La calidad de cosa juzgada en los laudos arbitrales y su importancia en la resolución de controversias en el Régimen de Contrataciones del Estado*. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021, p. 15. <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/86403859-15ff-4d64-adc8-7164e56f6d06/content>

2.2.7. Medidas cautelares

El árbitro, al poseer facultades jurisdiccionales de conformidad a la Constitución Política del Perú, tiene toda la potestad de admitir y conceder medidas cautelares durante el proceso arbitral, e incluso antes de iniciado el mismo (como es el caso del árbitro de emergencia), lo que podría consituirse en una retención de las cuentas del franquiciado frente al incumplimiento de sus obligaciones.

Al respecto, es importante verificar lo que se regule en el reglamento del centro de arbitraje que se haya elegido, y el instrumento de aplicación por excelencia será el Decreto Legislativo n.º 1071, que regula lo siguiente sobre medidas cautelares:

Artículo 47.- Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

Al elegir cuáles son los tipos de medidas cautelares de aplicación al arbitraje en franquicias este artículo se complementará con el Código Procesal Civil en caso de sus requisitos, tenemos estas medidas cautelares en arbitraje:

Artículo 47.- Medidas cautelares

[...]

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

2.2.8. Reconocimiento y ejecución del laudo

Los laudos arbitrales nacionales e internacionales son ejecutables en el Perú en aplicación del Convenio de Nueva York.

2.3. Arbitrabilidad en las franquicias

En el caso de franquicias es importante delimitar quiénes pueden participar en el arbitraje y sobre qué materias.

Roque Caivano comenta al respecto:

El acuerdo arbitral debe ser: (i) válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); (ii) válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva); (iii) obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y (iv) obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser

partes en el arbitraje y quienes han sido partes en el acuerdo arbitral (al-
cance subjetivo).⁴¹

En ese sentido, procederemos a desarrollar los dos tipos de arbitra-
bilidad en arbitraje en franquicias.

2.3.1. Arbitrabilidad objetiva

Cuando nos referimos a la arbitrabilidad objetiva hacemos mención a
cuáles pueden ser las materias susceptibles de arbitraje en conflictos pro-
venientes del contrato de franquicia en todas sus etapas, desde la cele-
bración del contrato hasta un tiempo después de terminado el mismo.
Asimismo, se indica qué materias no pueden ser tratadas en arbitraje.

Desde el punto negativo de qué materias no podrían ser arbitrables
en franquicias, como en el Perú es atípico dicho contrato no se encuen-
tran materias prohibidas a resolver por un árbitro, salvo que en el mismo
convenio arbitral se determine qué materias no serán materia de arbi-
traje, cosa que últimamente en varios contratos se opta por la renuncia
expresa de cuestionar ciertos puntos del contrato.

Sobre el punto positivo, las materias que son arbitrables pueden in-
dicarse:

- Por excelencia, el incumplimiento del pago de las regalías men-
suales y/o publicidad de forma completa o parcial, incluso de
forma continua.
- La falta de prestación de capacitación y de asistencia por parte
del franquiciante.

⁴¹ CAIVANO, Roque J. «Arbitrabilidad y orden público». En *Foro Jurídico* n.º 12, 2013, p. 64.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>

- La no entrega de los manuales de forma completa por parte del franquiciante.
- El no respeto de las obligaciones contractuales, o sea, el incumplimiento de un ítem, como sería el no respetar la territorialidad.
- Cualquier controversia que sea derivada pre, inter o poscontractual.

2.3.2. Arbitrabilidad subjetiva

Al respecto, se tiene que definir quiénes son los que pueden participar en el proceso arbitral sobre franquicias sin perjuicio del respeto del artículo 13 del Decreto Legislativo, por lo que tenemos:

- Franquiciante. Por excelencia es parte del proceso arbitral, sea su intervención de forma activa o pasiva, ya que al ser el propietario es parte indiscutible en el proceso.
- Franquiciado. Puede ser la persona jurídica o persona natural que haya celebrado el contrato con el franquiciante. Ahora, no es común que se realice un contrato con un consorcio, ya que perdería la identidad personalísima del franquiciado.

Los proveedores no son catalogados parte de la relación contractual de la franquicia por más que hayan sido una parte fundamental en el funcionamiento de la misma. Hasta podríamos indicar que no se podrían incorporar al arbitraje ni catalogarse como parte no signataria, de conformidad al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071, ya que poseen un contrato independiente con una de las partes.

Además, el franquiciante debe garantizar que todos los proveedores cumplan a perfección la venta y distribución de los bienes y servicios, ya

que de ello depende que el franquiciado cumpla con la calidad y cantidad que la franquicia ofrece en sus demás locales.

Ahora, soy de la opinión que sí podría calzar el concepto de parte no signataria con el proceso arbitral al incluir en el mismo a los consultores de franquicias, de conformidad a la Ley de Arbitraje, que regula justamente esa situación:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Los consultores de franquicias son esas empresas que se dedican a realizar la construcción de una empresa y la convierten en franquicia, que se encargan del desarrollo y creación de los manuales, etapas de creación y lo desarrollado anteriormente, y donde por dicha realización y un pago considerable por el mismo tienen un contrato de exclusividad, el único que otorga y promociona dicha franquicia hasta la celebración de un contrato, y de ahí genera un porcentaje de ganancias.

Es por ello que a pesar de que no celebró el contrato entre el franquiciante y el franquiciado encaja en los dos supuestos del artículo 14 de la Ley, por su participación activa en la negociación y celebración del contrato y, por ende, en el convenio arbitral, y, además, que dicho contrato le derive beneficios económicos lo convierte en una parte no signataria si es que se le solicita su incorporación al proceso arbitral.

Gerardo Eto indica sobre el artículo 14:

Antes de realizar el análisis de lo dispuesto por el artículo 14, consideramos pertinente realizar una precisión necesaria sobre el tema que abordamos: ¿la extensión del convenio arbitral a no signatarios alcanza a partes o a terceros? En este aspecto, la doctrina es pacífica en señalar que cuando nos referimos a partes no signatarias, estamos refiriéndonos efectivamente a partes del convenio arbitral, pero que no han manifestado su consentimiento de la forma tradicional (por escrito). Por su parte, los terceros son «sujetos que no han prestado su consentimiento en el contrato, es decir, no son parte del mismo», debemos tener en cuenta que las partes del arbitraje además de participar del proceso, están obligadas a cumplir lo resuelto en el futuro laudo.⁴²

Este comentario es propio debido a que ha habido casos en que se incorporaron como no signatarios a los consultores, porque el franquiciado inició las negociaciones por intermedio del consultor y, dentro de todo, debería ingresar al proceso con esa categoría.

Cabe indicar que, en la práctica, una de las partes tiene que solicitar al árbitro que se incorpore al consultor como parte no signataria. La contraparte quedará a disposición de acoger o no esa intención, y sea la respuesta positiva o no de la contraparte, la decisión final de ello le corresponderá al árbitro y, en mi opinión, no en todos los casos deben intervenir, solo en casos muy marcados, por lo que queda abierta dicha figura jurídica arbitral como posible, pero se tendría que analizar a fondo y sustentar los motivos.

2.4. Árbitros en franquicia

Como se ha señalado en el presente trabajo, este tipo de arbitraje debe tener árbitros especialistas en franquicia y, como mínimo, en propiedad intelectual, debido a su naturaleza.

⁴² ETO BARDALES, Gerardo. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en la Ley de arbitraje peruana». En *Derecho & Sociedad* n.º 55, 2020, pp. 447-448.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23260>

El tema radicaría en si todos deben ser abogados, por lo que nos tenemos que remitir afianzar a los señalado en la Ley de Arbitraje y el reglamento del centro de arbitraje que se haya elegido.

En ese sentido, si se trata de un arbitrajer de derecho, el árbitro único sí o sí tiene que ser abogado, salvo en arbitraje internacional, y con especialidad y experiencia en franquicias, como podría ser en redacción de contratos, asesoría de alguna de las partes, experiencia como consultor o asesor de alguna consultora de franquicias.

El Decreto Legislativo n.º 1071 señala siguiente:

Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.

[...].

Con lo indicado, existen profesionales que no son abogados, sino administradores, economistas, etc., dedicados a ser consultores de franquicias que podrían ser árbitros en estos casos, pero desde mi punto de vista, a pesar de que conocen la materia, es preferible que sean abogados los encargados de resolver la controversia, por el conocimiento de las normas y materia, lo que garantizará un laudo debidamente motivado y sin falencias o vacíos.

2.5. *Convenio arbitral*

El arbitraje es en el medio alternativo de solución de controversia más importante en contratos internacionales, especiales, de complejidad y en

el presente caso, en franquicias. Se tiene que comentar que para acudir al arbitraje se tiene que celebrar el convenio arbitral, que es la cláusula donde las partes han decidido de forma expresa aceptar acogerse a arbitraje, renunciando al Poder Judicial.

La actual Ley de Arbitraje fue inspirada en la Ley Uncitral. A pesar de sus modificaciones se mantiene dentro de un nivel elevado de regulación a nivel mundial, manteniendo su espíritu original, solo modificando temas en contrataciones del Estado. A nivel del Perú esperamos que no se modifique cambiando la percepción de la norma, porque en diferentes momentos algunos congresistas querían modificar la norma sin sentido para incorporar la apelación, hacer responsables a los árbitros como si fuesen funcionarios públicos, lo que no prosperó, pues hubiese sido un retroceso en la normativa de arbitraje.

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

[...].

Sobre la voluntad y el convenio arbitral, Eyto señala:

Un elemento que consideramos pertinente destacar es el referente a la voluntad de someterse a arbitraje de las partes, regulado en el numeral 1 del artículo comentado, y que claramente constituye la piedra angular del convenio arbitral y del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Esta característica esencial del arbitraje se materializa en el efecto negativo y positivo del convenio arbitral. El primero hace referencia a que las partes renuncian a someter una futura controversia a la jurisdicción ordinaria (derecho a un juez natural). Mientras el efectivo positivo «entraña una obligación de hacer, que consiste en acudir a un

mecanismo particular de solución de controversias con ventajas y distintivos especiales»,⁴³ por lo que la parte que quiera accionar deberá acudir ante un tribunal arbitral a resolver sus disputas.⁴⁴

Por ello, para que exista arbitraje debe existir un convenio arbitral y este debe estar plasmado por escrito bajo cualquier modalidad escrita o por comunicación electrónica (pudiendo ser por un *e-mail*, mensajes en Messenger o WhatsApp, siempre que se redacte la cláusula, se haga mención del contrato y exista la expresa manifestación de voluntad de las partes) o forma incluida en un contrato o adherida de forma independiente.

El doctor Francisco Gonzales de Cossío ha señalado:

[...] el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje [...].⁴⁵

La manifestación de voluntad que tienen las partes en la celebración del contrato es importante para acudir a arbitraje, ya que sin dicha manifestación, por más que exista un contrato, si no hay un convenio arbitral, es inviable acudir a arbitraje, y si un árbitro o el centro de arbitraje aceptaran dicha situación y se diera un laudo arbitral, la contraparte perjudicada con dicho laudo es muy seguro que acudiría al Poder Judicial solicitando la anulación del laudo, bajo la causal del literal a), numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Para delimitar si las controversias generales pueden ser materia de arbitraje como se indicó anteriormente, Bernardo Cremades indica lo siguiente:

⁴³ TALERO RUEDA, Santiago. «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva ley peruana de arbitraje». En *Lima Arbitration* n.º 4, 2010, p. 72.

⁴⁴ ETO BARDALES, Gerardo. *Op. cit.*, p. 447.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004, p. 56.

Conforme señala autorizada doctrina, las partes pueden establecer en su convenio arbitral qué tipo de conflictos se van a someter a la decisión de los árbitros, los que pueden ser conflictos de naturaleza contractual o extracontractual.⁴⁶

En ese caso, por la naturaleza del tipo de contrato que es la franquicia es seguro que la gran mayoría de franquicias incluyen el convenio arbitral y no suele agregarse mediante otra forma, tal como da la opción el artículo 13 de la ley.

Pero no todo es tan perfecto como se señala, ya que existe un sinnúmero de franquicias, desde informales hasta negocios que no les importa la calidad de su servicio al estandarizarlo, sino el obtener ganancias de cualquier forma, sin el mínimo respeto o apoyo a sus franquiciados. Es en esos contratos donde suelen colocar como solución de controversias al Poder Judicial, ya que nunca entendieron la mística y sentido de las franquicias, y lo consideran como un simple contrato de licencias de elementos de propiedad intelectual. Incluso se ha podido verificar contratos que de naturaleza de franquicia solo tenían el nombre, ya que parecían contratos de arrendamiento de bien mueble.

Del mismo modo, según lo indicado en el párrafo anterior, también hay contratos de ese tipo de empresas que «tratan» de franquiciar sus negocios y colocan un convenio arbitral que contiene cláusulas patológicas, ya que al desconocer el derecho —o de conocerlo, desconocen el arbitraje— colocan cláusulas que generan confusión al momento de su interpretación e incluso de su ejecución, que muchas veces se tienen que convertir en un arbitraje *ad hoc* en vez del institucional que fue originalmente celebrado, y ese tipo de arbitrajes —que no recomiendo, por su naturaleza— conllevará que se celebre una adenda para tratar de corregir esa deficiencia.

⁴⁶ CREMADES, Bernardo M. «Del convenio arbitral y sus efectos». En DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.278.

Ahora, el plantear una adenda parecería que es una solución próxima y rápida, pero en la práctica no es así, ya que el franquiciante al tener el poder contractual, y más aún al saber que le favorecen ciertas cláusulas, suele no acceder a dicha adenda, y lastimosamente, en muchos de los casos, el franquiciado termina perdiendo, ya que al estar obligado a ciertas condiciones abusivas del contrato, termina cerrando el negocio y/o perdiendo la garantía que se otorgó al momento de su celebración.

La recomendación para evitar este tipo de patologías o deficiencias del convenio arbitral sería el utilizar para franquicias nacionales e incluso internacionales los modelos de cláusulas de los centros de arbitrajes más importantes del país.

Para que un contrato de franquicia tenga una solución de controversia segura se recomienda que el convenio arbitral tenga naturaleza institucional y que se utilice un convenio arbitral de alguno de los centros de arbitrajes más renombrados de cada país, y en el Perú los de la Cámara de Comercio de Lima o de la Pontificia Univesidad Católica del Perú.

La ventaja de ello es que no existirá ninguna patología o deficiencia al momento de llevar a cabo el arbitraje, ya que al someterse a dicho centro de arbitraje se tiene que aplicar como norma el Reglamento pertinente que se encuentra correcta y completamente desarrollada conforme a Derecho, garantizando un desarrollo del proceso arbitral sin deficiencias y teniendo todo normado; además de que si no se nombró de forma conjunta al árbitro, el centro lo hará de forma residual, eligiendo a los mejores según su experiencia y conocimientos.

Al utilizar este tipo de cláusula, los requerimientos arbitrales cubrirán todos los aspectos de controversia que surjan dentro de la ejecución contractual.

2.6. Norma aplicable

Como se ha indicado en el presente libro, el contrato de franquicia es atípico, por lo que no contiene norma alguna que regule dicha relación contractual especializada. Ante ello, se procede a utilizar la normativa supletoria para complementar la regulación.

Como se ha explicado, el Perú no tiene una legislación expresa que regule las franquicias, por eso es un contrato atípico, y en la práctica se debe utilizar normas supletorias que brinden protección correcta al contrato, por lo que pasaré a explicar qué normas se utiliza en el Perú.

- La norma por excelencia es el Decreto Legislativo n.º 1075, que es la Ley de Propiedad Industrial, para signos distintivos (las marcas, primordialmente) y las invenciones (las patentes, primordialmente).
- Según el tipo de franquicia también se puede utilizar el Decreto Legislativo n.º 822, que es la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Como el Perú es miembro de la Comunidad Andina se debe seguir la legislación competente, las denominadas decisiones, por lo que tenemos:

- La Decisión 486, que es la Norma del Régimen Común de la Propiedad Industrial.
- La Decisión 351, que es la Norma del Régimen Común de los Derechos de Autor y Conexos.
- La Decisión 291, que es el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Ahora, dentro de las normativas internas, se tienen las siguientes:

- Decreto Legislativo n.º 662, que es la Ley que busca regular y proteger la estabilidad jurídica para la inversión extranjera en el Perú.

Del mismo modo se tiene la normativa más importante en el Perú y una norma general:

- La Constitución Política del Perú, la cual en su capítulo de régimen económico y, en especial, en el artículo 63, va a velar por el control y la garantía a los empresarios nacionales y extranjeros.
- El Código Civil, en donde se tendrá que utilizar los libros de acto jurídico, contratos y el de obligaciones, principalmente, para su aplicación.

Entonces, como se ha podido ver, el Perú tiene cierto vacío normativo expreso para las franquicias, por lo que se tiene que utilizar normas de diferentes legislaciones tanto nacionales como regionales (Comunidad Andina). No es que se encuentren desprotegidas ambas partes, porque igual una adecuada conformación de normas en la redacción hará igual o hasta mejor la protección de todo lo establecido en el contrato de franquicia, al menos por ahora.

Las normas antes citadas no han sido modificadas considerablemente, sino muy poco en ciertos puntos y por ahora conservan su espíritu de creación, pero por ello es preferible que se tenga una sola normativa que la regule en especial, sea creando una ley o modificando las que ya existentes como la de propiedad industrial.

2.7. Competencia en el arbitraje de franquicias

En este punto, la respuesta caería de plano, ya que sería la de respetar lo que indica el convenio arbitral.

El Decreto Legislativo n.º 1071, ha determinado de forma muy clara la competencia. Entre sus artículos más importantes tenemos:

Artículo 40.- Competencia del tribunal arbitral

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

Como se explicó, la franquicia es un contrato por adhesión por excelencia o casi siempre, y ahí se impone la cláusula de solución de controversias.

Lo que se recomienda es que se trate de negociar al menos dicha cláusula, más aún cuando son franquicias extranjeras que por su conve-

niencia o por practicidad siempre colocan como solución de controversias la cámara de comercio de la ciudad donde se encuentre la matriz o el máster.

Por ejemplo, hay una empresa conocida de lavandería española que al celebrar sus contratos de franquicia en el Perú, dentro de su convenio arbitral, regula que se resolverá por Arbitraje y en la Cámara de Comercio de Valencia - España, lo que es de conocimiento de ambas partes, pero muchas veces pasa desapercibido por el franquiciado, ya que más se dedica a ver montos y plazos. Por ello se recomienda siempre que los franquiciados estén asesorados por un abogado de franquicias para el análisis del contrato y su posible recomendación o cambio, porque se va a invertir una cantidad fuerte de dinero y no se puede dejar a la deriva la suerte de un posible conflicto.

.Se han visto casos en que al comenzar los problemas durante la ejecución del contrato muchos de los franquiciados se desmotivan a tomar acciones legales ante incumplimientos del propio franquiciante, ya que se sometieron a un centro de arbitraje que se encuentra en el extranjero y ello conlleva mayores costos de pago de abogados y honorarios arbitrales, y según el centro —aunque más difícil— se podría necesitar la realización de audiencias de forma presencial en ese país y ello eleva los costos, además de que habría la probabilidad de ejecutar el laudo arbitral ante posible incumplimiento del laudo, por lo que estaríamos hablando de muchos años y dinero invertido para resolver un caso en el extranjero que se convertiría en complicado y desmotiva a muchos franquiciados a tomar acciones, porque le saldría más caro pagar todo ello en el extranjero que el dinero que pudo perder en su ejecución contractual.

Por ello se recomienda que si se encuentra este tipo de cláusula se proceda a negociar con el franquiciante y proponer un centro de arbitraje reconocido en el país, en la ciudad o en la capital, que sea el com-

petente para administrar el arbitraje, ya que ello no tendría mayor inconveniente con el franquiciante, pero todo depende de la forma de negociar y el planteamiento de las ventajas de llevar un arbitraje en la ciudad de Lima. Por eso, para evitar un malestar más adelante, es preferible negociar el centro de arbitraje si la franquicia es internacional.

Ahora, si es nacional, dependerá de qué ciudad proviene la franquicia, ya que, por ejemplo, he verificado que hay franquicias que son originales de la ciudad de Arequipa y en sus contratos que se desarrollarán en otras ciudades colocan en su convenio arbitral el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, cosa que está bien, ya que dicho centro cuenta con árbitros especialistas de nivel nacional.

Pero la mayoría de franquicias suelen colocar centros de arbitraje de la ciudad de Lima, de los cuales —como he señalado— recomiendo dos, sin perjuicio de que hay otros buenos, pero quedará a decisión del franquiciante.

El problema radica cuando se coloca un centro de arbitraje de dudoso origen, administración o de mala reputación donde no se garantiza la mínima independencia e imparcialidad que se busca en los árbitros. Es por ello que se tendría que negociar y proponer que se cambie por otro de renombre, ya que al fin y al cabo garantizaría el debido proceso y se estaría jugando la fama de la franquicia. Y si ya se celebró el contrato con dicha condición, se recomienda que se negocie y se vea la forma de celebrar una adenda para la modificación del centro de arbitraje, incluso ello aplica si se colocó el Poder Judicial.

Finalmente, es importante para mantener una relación jurídica contractual sana y sin patologías, que se elija correctamente un centro de arbitraje adecuado a las necesidades y facilidades de las partes, pero, sobre todo, que sea uno con alta experiencia en dichos contratos y que cuente en su lista de árbitros con abogados calificados en la materia para llevar un proceso idóneo.

2.8. *Laudo arbitral en franquicias*

El laudo arbitral es la resolución que pone fin al proceso resolviendo los puntos controvertidos planteados en el mismo. Y en materia de franquicias es lo mismo que en otras materias, ya que contendría todos los aspectos de los pedidos de las partes, con la gran diferencia en contraposición a las contrataciones con el Estado, ya que todo el proceso arbitral en franquicias en el Perú es confidencial, cosa que no lo es tanto en otros países como Colombia, como más adelante veremos.

El Decreto Legislativo n.º 1071, en el artículo 52, regula el laudo arbitral de la siguiente manera:

Artículo 52.- Adopción de decisiones

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Como se puede apreciar, ello no significa que el laudo arbitral no debe tener la motivación que toda resolución debe tener, es por ello que se complementa claramente con el artículo 56 de dicha normativa, que regula:

Artículo 56.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los

términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

[...].

Claramente se indica que todos los laudos tienen que resolverse con una debida motivación conforme a derecho, salvo que se haya determinado en el convenio arbitral —poco probable en franquicias— que sea arbitraje de conciencia.

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones, como en el Exp. n.º 1480-2006-AA/TC, f. j. 2, que toda resolución debe ser motivada:

[...] el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones [...] deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

Este punto es muy importante, ya que en otras materias, como en contrataciones del Estado, se ha vuelto común buscar la anulación del laudo arbitral manifestando que este tiene deficiencias en su motivación.

Conviene indicar cuál es la causal más usual en los recursos de anulación:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan

la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.⁴⁷

En el caso de franquicias no es común acudir a anulaciones de laudos arbitrales, sino al cumplimiento del mismo de forma voluntaria.

Ahora, muchas veces en contratos de franquicias internacionales suelen colocar la renuncia expresa al recurso de anulación frente al laudo arbitral, y con ello, de cierto modo, daría a su esplendor el espíritu del arbitraje al no cuestionar el laudo arbitral y de su inmediato cumplimiento según lo resuelto. Pero estas disposiciones son inválidas si el derecho aplicable es el peruano.

En caso de que la parte perdedora no desee cumplir con lo resuelto por el laudo arbitral se tendrá que demandar ejecución de Laudo Arbitral, de conformidad al numeral 3 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, donde se tiene que acudir al juzgado subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil.

En el caso del arbitraje internacional con ejecución del laudo en otro país donde se celebró el contrato de franquicia, se tendría que aplicar el Convenio de Nueva York de 1958 que es de reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ya que dicho convenio es para los laudos arbitrales comerciales en que hayan intervenido dos partes diferentes de distintos países firmantes.

En el Perú es obligatoria la aplicación de laudo extranjero al momento de la utilización del convenio, ya que primero tienen que reconocer el mismo y posteriormente a su debida ejecución estaríamos hablando como un tipo de *exequatur* de laudo arbitral.

⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Exp. n.º 00728-2008-PHC/TC (caso Llamoya y derecho a la debida motivación)*, p. 5. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

Como se ha indicado, por ese convenio los países miembros no pueden negarse a su aplicación, salvo algunas excepciones:

1. Si una de las partes no ha sido notificada adecuadamente de las pericias procesales.
2. Si en el laudo se resolvió materia no susceptible de arbitraje, según la norma del país donde se solicitará la ejecución.
3. Que el laudo haya sido dictado en contra del orden público, según la norma del país donde se solicitará la ejecución.
4. Si el arbitraje no se llevó conforme a las reglas procesales del arbitraje y que fueron aprobadas por las partes.

Es por ello que este convenio, del cual el Perú es país miembro, genera seguridad jurídica entre las partes y fomenta la inversión en los países miembros. Claro está, debe ir de la mano de lo que regule la Constitución Política del Perú.

Finalmente, al tener un laudo arbitral sobre franquicias expedido y desarrollado en el extranjero se debe cumplir ciertos requisitos para su aplicación y solicitud en el Perú. Veamos:

1. Se tiene que presentar la demanda, el laudo arbitral original, debidamente firmado y, de preferencia, que cuente con las rúbricas en todas las hojas del laudo, con excepción de la última donde se encontrará la firma completa de cada árbitro.
2. Adjuntar el contrato o el documento donde obre el convenio arbitral donde las partes hayan emitido su voluntad de celebrarlo.
3. En su mayoría se tiene que adjuntar adicionalmente el laudo en idioma español, que sería la traducción certificada del original,

para que se cumpla el respeto al debido proceso y seguridad jurídica al momento de su aplicación.

3. CAUSAS QUE DERIVAN EN ARBITRAJE

Como se puede entender, este tipo de contratos son por adhesión y, evidentemente, ese mero hecho conlleva que existan —en la mayoría de ellos— cláusulas abusivas que se imponen al franquiciado, ya que se podría calificar como la parte débil o con menor poder negocial en la relación jurídica.

Es más, el Reglamento de Bruselas, de aplicación en la Unión Europea, no ha previsto un medio de protección a la franquicia. Dicho reglamento considera a la franquicia como cualquier contrato, con lo que no protege a los franquiciados, ya que es evidente el desequilibrio de poder de negociación entre ambas partes.

En ese sentido, vamos a definir algunos conflictos que surgen durante la ejecución del contrato de franquicias y que conllevan a arbitraje.

3.1. *Incumplimiento del know how*

Uno de los motivos más comunes dentro de la ejecución del contrato de franquicia es que el franquiciante no cumpla con la entrega total o parcial de los documentos o manuales que contiene el *know how* y/o que el franquiciado no cumpla con lo señalado en los manuales cuando se les entrega.

La *Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional de Unidroit* indica:

[...] conjunto de conocimientos profesionales que es adquirido por las personas dedicadas a una actividad específica y que es distintivo de esa

actividad. Este conocimiento es usualmente una combinación de información fáctica acerca de la actividad y de la experiencia obtenida en su ejercicio.⁴⁸

Como ya se ha desarrollado, los manuales de franquicia son la piedra angular e imprescindible del correcto cumplimiento del contrato, pues0 contienen el manejo sustancial del mismo.

Así, el no proporcionar la forma de llevar el negocio, su proceso de producción correcta con las etapas, los insumos idóneos para la preparación de productos, la forma de operación del negocio, etc., conllevaría tener al franquiciado en el limbo, ya que estaría en una situación de desconocimiento del manejo del negocio.

Sobre el *know how* y su alcance lo mencionan, Soria y Osterling señalan:

Al igual que Stumpf, opinamos que «por *know how* han de entenderse, por ende, conocimientos y experiencias de orden técnico, comercial y de economía de empresa, cuya utilización le permite o, llegado el caso, le hace posible al beneficiario no solo la producción y venta de objetos, sino también otras actividades empresariales tales como organización y administración».⁴⁹ Entonces, en términos generales, podemos señalar que el *know how* es un conjunto de conocimientos prácticos con valor comercial o industrial, de carácter secreto o reservado, que ha sido utilizado previamente y experimentado con éxito, el mismo que puede ser transmitido fácilmente para permitir la obtención de una importante ventaja en el desarrollo de ciertas actividades.⁵⁰

Del mismo modo, José Bonivento indica lo siguiente:

[...] como aspecto especial, en su inicio se transfiere al distribuidor el método o forma de administrar y explotar el negocio, lo que disminuye,

⁴⁸ UNIDROIT. *Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional de Unidroit, Roma, 2005*, capítulo 11. <https://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

⁴⁹ STUMPF, Herbert. *El contrato de know how*. Bogotá: Temis, 1984, p. 12.

⁵⁰ SORIA AGUILAR, Alfredo y OSTERLING LETTS, Madeleine. *Op. cit.*, p. 22.

si no elimina, los riesgos inherentes a toda empresa nueva —acá, es asistido técnicamente, se le instruye incluso sobre la forma en que debe presentarse el producto, los almacenes, o establecimientos de comercio, el personal, los vehículos de transporte, aprovecha la publicidad común, etc.—.⁵¹

Por ejemplo, para el manejo de situaciones ajenas, como un robo en el local o al encontrar elementos externos en un plato de comida, etc., el franquiciado no puede actuar conforme a su estado de ánimo o como él crea que debería resolverse, ya que ello causaría a corto o largo plazo un daño a la marca o al producto, ya que estando en una actualidad en que todo es redes sociales, los consumidores asumen que tienen todo el derecho de criticar y se hacen virales con la mínima situación que ocurra. Es más, se probó varias veces que muchas de esas comunicaciones han sido porque los consumidores tuvieron la intención de perjudicar y apelan a la exageración y hasta a la mentira —como el caso donde se ve en un restaurante cómo una familia coloca animales muertos pequeños en sus platos de comida para luego reclamar para buscar que el empresario no les cobre y coman gratis—, lo que puede ocasionar al franquiciante ponerse en dos posibles escenarios:

1. Darle la razón, devolver la comida —a merma, en la mayoría de veces— y cambiársela, ocasionando una pérdida al respecto, ya que se evita mayor inconveniente frente a los demás comensales, además de generar un conflicto interno con los trabajadores de cocina, poniendo en riesgo su propio trabajo frente a esas actitudes mal intencionadas.
2. No darle la razón, entrar en discusión e indicar que por sus protocolos de seguridad y limpieza es imposible que haya pasado ello, y de forma sutil sugerir que los propios comensales han colocado ese elemento externo. Evidentemente, ello significará que

⁵¹ BONIVENTO, José Armando. *Contratos mercantiles de intermediación*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1999.

exista conflicto y comiencen a circular videos y fotos por las redes sociales, lo que con toda la seguridad va a ocasionar dos cosas, a su vez:

- a) Que el público se adhiera a ese hecho (probablemente falso o exagerado) y comience a hacer campaña en contra de la marca y causen daño al prestigio, afectando los ingresos económicos, además de que es probable que aparezcan nuevos clientes indicando que les pasó lo mismo. En las redes sociales, las personas creen que todo es cierto sin el mínimo de criterio para su percepción.
- b) Aparezca la municipalidad distrital de la zona a hacer fiscalización, mientras hace publicidad en redes sociales en el sentido de que es una entidad eficiente pro salubridad, y buscarán lo mínimo para clausurar temporalmente el negocio hasta que se levanten las observaciones realizadas por los supervisores de la entidad.

Ahora, esa actitud de la entidad, muchas veces arbitraria y con evidente abuso de autoridad, sumada al actuar del administrador del local del franquiciado con la negativa frente a dicho reclamo que pudiendo ser cierto o no (salvo que tenga cómo probar que es falso o fehaciente), podría ocasionar un daño en algunos casos irreversible a dicha inversión, como sería la aplicación de penalidades elevadas por el franquiciado y, en algunos casos, el cierre definitivo de dicha franquicia.

Es muy importante que el franquiciante siga al pie de la letra los manuales y así evitar contingencias que ocasionen perjuicio a la marca.

Sin ir muy lejos, podemos citar un caso público, no solo a nivel nacional, sino internacional, que la propia BBC publicó en un reportaje al respecto, me estoy refiriendo al caso de la cucaracha en una pizza de una empresa transnacional.

Dicho caso data de inicios del 2015 en Pueblo Libre - Lima, cuando un usuario hizo un pedido de pizza y, al verificarla, encontró una cucaracha muerta entre el tomate y queso, lo que ocasionó que ese consumidor realice un reclamo a la pizzería para que le devuelvan la pizza, pero el gerente de dicha tienda, de la forma más desafortunada, nada adecuada ni recomendable, le dijo que si deseaba la devolución de su dinero devuelva la pizza entera y no lo que quedaba de ella con la cucaracha, además de insinuar que él mismo había colocado dicho insecto en la pizza.

El consumidor, procedió a postear en Facebook y Twitter (ahora X), la foto de la pizza con cucaracha, relatando brevemente lo sucedido, lo que conllevó una ola de críticas y la destrucción de la reputación de la marca, y más aún por el trato del gerente que optó por dicha decisión. Y agravando más aún, el franquiciado se comunica posteriormente con el consumidor y, en vez de disculparse, lo hace con la intención de tomar medidas necesarias por el daño ocasionado a la franquicia.

La municipalidad acudió conjuntamente con el Ministerio de Salud y la Dirección General de Salud Ambiental a realizar una fiscalización de salubridad, pero el franquiciado se negó en darle ingreso al local y proceder con la inspección del mismo, además se negó firmar el acta, por lo que se dispuso el cierre temporal de dicho local.

Eso no es todo. Un programa de noticias local de televisión sacó un reportaje donde encontraron cucarachas en el local de la cadena y varias municipalidades de Lima procedieron a fiscalizar y, así, el distrito de La Molina procedió a la clausura de dichos locales.

Tal fue el escándalo que llegó la noticia hasta Estados Unidos a oídos de los dueños de la franquicia, que veían cómo en todo un país se estaban cerrando locales por insalubres, por la falta de respeto de los manuales de atención. Frente a esos hechos, el desprestigio y menoscabo de la marca, y que se estaba propalando la información a nivel mundial,

se ordenó el cierre inmediato de todas las franquicias de la cadena en el Perú.

Lo que sí es lamentable es que había muchos locales que cumplían con todos los protocolos de salubridad y respeto a los manuales que se vieron perjudicados por la decisión del franquiciante, pero lastimosamente por culpa de un franquiciado en Pueblo Libre, los demás a nivel nacional se perjudicaron y tuvieron que acatar dicha decisión.

Es evidente que muchos franquiciados trataron de ir a negociar y otros a arbitraje por el perjuicio de su inversión por la decisión unilateral de la medida, ya que no son responsables por culpa de terceros, pero ahí es donde el especialista verifica que en las cláusulas contractuales, dentro de las causales de resolución contractual, se especificó que el franquiciante puede resolver el contrato de forma inmediata y, en muchos casos, sin causa evidente, pero también por caso fortuito o fuerza mayor, etc., tiene toda la potestad de resolver el contrato sin responsabilidad absoluta, sin derecho alguno a penalidad, indemnización, devolución alguna de dinero, etc.

Esa cláusula es abusiva, pero fue debidamente aprobada por el franquiciado al momento de celebrar el contrato, claro está que lastimosamente por estas situaciones el franquiciado solo procede a celebrar el contrato aceptando ese tipo de cláusulas que, a sabiendas, le perjudican, pero las acepta por la necesidad de ser el franquiciado.

Como se puede ver, si el gerente de dicho local únicamente hubiese seguido lo establecido en los manuales, nada de eso hubiera pasado y no se hubieran perjudicado tantos empresarios ni hubiera daño corporativo. No digo que lo alegado por el consumidor sea cierto, porque hay también un porcentaje de falsedad que no se llegó a probar del todo. Es por ello que siempre se opta por creer al consumidor por más que sea falso (salvo que se tenga pruebas), porque los daños pueden ser largamente superiores a un plato de comida.

Por ello, ante la resolución contractual por incumplimiento de seguir los manuales y/o daño al prestigio de la marca, se aplica penalidades y se activa la cláusula de indemnización por daños y perjuicios que, si el franquiciado se niega a pagar, se procede a demandar arbitralmente para el cumplimiento del mismo y su ejecución al respecto.

3.2. Incumplimiento de garantizar o realizar el suministro de los bienes o servicios detallados en el contrato

Una de las funciones de la franquicia es homologar los productos y servicios que el franquiciado tendrá que utilizar y realizar para que se mantenga la calidad y estilo de la misma, ya que la idea es que el consumidor no sienta en lo absoluto la diferencia de decoración, atención, sabor, presentación, productos, etc., entre local y local de diferentes franquiciados, sino que piense que el local al que vaya será igual que los otros locales.

El franquiciado, hasta ese momento, no conoce quiénes son los proveedores oficiales, insumos ni montos de los mismos. Por ello en el contrato se especificará a quiénes se les tiene que contactar para la contratación de los insumos y, evidentemente, esa estandarización se tiene que cumplir, porque el cambiar de insumos y, en especial, el tipo y calidad de los mismos, significaría la debacle de la marca o del local.

Desde el mero hecho de que, por ejemplo, no se le permite al franquiciado que vaya al mercado a comprar las papas, carne, pollo, etc., que con ello ahorraría dinero, esto se podría reflejar en el sabor o calidad del producto, siendo por ello que el franquiciante tiene la obligación de proveer los insumos y, de ser el caso, asegurar que la empresa que es su proveedora asegure la producción y venta de la misma a su nuevo franquiciado, porque si no podríamos estar hablando de un desabastecimiento que ocasionaría críticas y perjuicio a la marca, por lo que no debe pasar.

Del mismo modo, en las franquicias se tiene que contratar con la misma empresa que vende los muebles, platos, luminaria. Es por ello que a veces estos proveedores son exclusivos o tienen mucha carga de trabajo que les complica cumplir con trabajos como, por ejemplo, durante muchos años había una artista que hacía los platos de un reconocido chef peruano para sus restaurantes, o sea, eran platos hechos a mano y todos los locales debían tener esa característica. Es por ello que el franquiciante tiene que ver la forma que se facilite el cumplimiento y puntual distribución de los insumos y bienes, ya que si hubiese demoras en ello, el pago de alquiler y sueldos no para, sino comenzaría a pagar mientras aún no abren local y ese es un perjuicio evidente al franquiciado que no es su responsabilidad, sino del mismo franquiciante.

Es por ello que en algunos casos esa demora ocasiona gastos del franquiciando que pidió en un proceso arbitral que sean asumidos por el franquiciante, ya que incumplió con su obligación, que a veces puede ser por su propia responsabilidad y dejadez y otras por carga de trabajo o incumplimiento de su propio proveedor.

Entonces, es un punto controvertido para demandar e incluso para resolver el contrato —poco probable— si es que el franquiciante no ha cumplido con apoyar a tiempo con todos los bienes y los insumos para iniciar actividades el franquiciado, además de que a veces se pide que ese tiempo de demora no sea considerado dentro del plazo contractual, sino se proceda a realizar una adenda aumentando el plazo del mismo y descontando algunos gastos por culpa del franquiciado, siendo la única alternativa, si no se tendría que acudir a arbitraje.

3.3. Incumplimiento de realizar la asistencia y capacitación al franquiciado de forma total o completa

Este elemento es muy relevante, ya que no basta con tener los manuales, sino que desde el inicio, e incluso en plena ejecución contractual, se necesita de la asistencia continua y capacitación al franquiciado, ya que se

le tiene que enseñar a atender de forma presencial y telefónica, enseñarle la forma de trabajo, e incluso la forma de limpieza y seguridad que debe tener la franquicia.

Se tiene que enseñar que el producto salga de la preparación tal cual en los otros locales. Es así, por un simple ejemplo, la preparación de una bebida a base de café o licor con una técnica especial, más aún si fue creada con base en el *know how*, pues se tiene que enseñar paso a paso para su elaboración y presentación, ya que si varía algún insumo o momento puede cambiar el producto y causar malestar en los consumidores.

El uso de los aplicativos que en muchas franquicias importantes utilizan es muy relevante, ya que enseñará a dominar el manejo, saber en tiempo real el *stock*, hacer pedidos a proveedores, informar o reportar posibles fallas, llevar en tiempo real el ingreso de compras y realización de pagos que se envía al franquiciante, con lo que es importante que se capacite cada versión o aplicativo nuevo que se utilice en la franquicia.

Un ejemplo respecto de la unión de otorgar el *know how* y realizar capacitación con asistencia sería una pollería, donde el franquiciante va a optar por dos formas de proteger su *know how* sobre el sabor de su pollo, siendo:

- Le enviarán en sobres lacrados la cantidad exacta de la salsa especial de condimentos para que se coloque en el pollo, donde no se sabrá qué tiene dicho condimento; o
- El franquiciante envíe el pollo ya debidamente condimentado, sin que tenga posibilidad alguna de saber qué tiene dicho alimento.

En ese caso se protege el *know how*, por lo que la asistencia y capacitación aplicaría a cómo colocar dicha salsa en el pollo, la cantidad y las

ubicaciones. Del mismo modo, sería el tiempo de cocción del pollo y la ubicación de cada uno de ellos para que salgan de la forma que caracteriza al franquiciante.

Ahí es, ante los muchos fracasos de las franquicias, que el franquiciado le echa la culpa al franquiciante por no poder asistirle como debió, dejarlo a la deriva en su funcionamiento y sin capacitarlo en todo momento, por lo que trata de acudir a arbitraje para que el árbitro resuelva que el incidente se debió a causa del franquiciante por el incumplimiento de dichas obligaciones y que, por ende, no amerita la aplicación de penalidades, ejecución de garantía y/o indemnización por daños y perjuicios.

3.4. Incumplimiento de licencia del uso de elementos de propiedad intelectual del franquiciante

Al referirnos a propiedad intelectual en el ámbito de las franquicias, casi en su mayoría de veces es por las marcas comerciales, lemas comerciales, nombres comerciales y en algunos de los casos por las patentes.

Es importante verificar si dentro del contrato de franquicia se encuentra debidamente delimitada la licencia de los signos distintivos, ya que, al no encontrarse, se tiene que celebrar un contrato aparte, donde se otorgue la licencia correspondiente, y quedará a disposición de las partes inscribirla en la institución de propiedad intelectual del país donde se realizará la franquicia, pero ello cambiará según la legislación de cada país.

En este punto hay dos causas comunes de procesos arbitrales:

- i. Que el franquiciado utilice los elementos de propiedad intelectual de una forma diferente a la licenciada, o lo haga de tal manera que pueda dañar la imagen de la marca.

- ii. Que habiéndose vencido el contrato sin su renovación, el franquiciado siga utilizando, por ejemplo, la marca o sus elementos en su negocio privado o de forma ilegal, que aquí encajaría también en infracción de competencia desleal aparte de la propiedad industrial.

Los consumidores recuerdan claramente las marcas, incluso hasta el diseño de interiores que otorgan un elemento diferenciador frente a la competencia, y que la denominación social es lo que menos interesa. Es más, muchas personas ni conocen cuál es el verdadero nombre de la empresa que es titular de la marca que consumen.

Cuando nos referimos a que no pueden manipular nada de las marcas decimos que ningún franquiciado puede realizar publicidad con el uso de las marcas del franquiciado sin autorización de este último, ya que ocasionaría daños y perjuicios frente a los demás franquiciados como, por ejemplo, querer cambiarle el color al logo, ponerle nuevas imágenes o colocar promociones para ese local, donde, evidentemente, causa daño al franquiciado por la marca y daño a los otros franquiciados, porque se estaría publicitando promociones que no usan, ya que todo es estandarizado, salvo que ocurra una tropicalización, pero este es un tema aparte.

Ahora, si el franquiciado hace uso diferente de los signos distintivos autorizados en otros negocios o realiza ventas utilizando los signos distintivos de la franquicia sin autorización expresa del franquiciante, ello podría calzar en la comisión del delito contra la propiedad industrial bajo la siguiente modalidad, según el Código Penal:

Artículo 223.- Uso o venta no autorizada de diseño o modelo industrial

Serán reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días-multa

e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 4) tomando en consideración la gravedad del delito y el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de las normas y derechos de propiedad industrial:

- a) Fabriquen, comercialicen, distribuyan o almacenen etiquetas, sellos o envases que contengan marcas registradas;
- b) Retiren o utilicen etiquetas, sellos o envases que contengan marcas originales para utilizarlos en productos de distinto origen; y
- c) Envasen y/o comercialicen productos empleando envases identificados con marcas cuya titularidad corresponde a terceros.

Aún es más grave cuando existen algunos exfranquiciados que buscan otro local y usan el logo o elementos de propiedad intelectual del franquiciante y, en muchos casos, cambian los colores o ciertas figuras para decir que es otra marca o empresa, pero en el fondo causan riesgo de confusión marcaria de forma grave, ya que generan ingresos de forma ilegal.

Frente al incumplimiento del uso de la marca, y en especial si es de forma reiterada, el franquiciante tiene todo el derecho de resolver el contrato frente a un presunto riesgo que causaría a la marca, y una causal de ejecución de garantía y, de ser el caso, una indemnización.

Ahora, donde es común demandar indemnización por daños y perjuicios es cuando vencido el contrato el franquiciado sigue con su uso. Ahí se determinaría un estudio correcto al pedir el lucro cesante y demandar todos los ingresos que tuvo el exfranquiciado al utilizar los signos distintivos sin autorización, ya que en muchos casos, en el mismo contrato se indica que ocurrirá ello si no cumple el cese inmediato y destrucción de cualquier elemento de signo distintivo de la franquicia al termina la relación contractual sea por la causal que sea.

3.5. Incumplimiento del respeto a la exclusividad

Este caso es usual en arbitraje de franquicias, ya que la idea de realizar una inversión tan grande es ser el exclusivo en ello y que no lo tenga nadie más en cierta zona.

La idea de que la franquicia tenga la característica de exclusividad es que el franquiciante le asegure las condiciones y gestiones favorables para el franquiciado, donde limitará ese derecho, condición o gestión a otros franquiciados.

Dentro de esas limitaciones podríamos mencionar el trabajar, distribuir, otorgar cierto beneficio o delimitar territorio o zona al franquiciado y excluir a terceros o demás franquiciados.

En el caso de franquicias estamos hablando de una cláusula donde el franquiciante —por excelencia— otorgará una zona geográfica definida, como una calle, avenida, metros a la redonda, distrito, ciudad, departamento e incluso un centro comercial al franquiciado para que únicamente él pueda operar en dicha zona y no permitiendo a otros franquiciados también operar en dicha zona, ya que así serían competencia directa y afectarían la franquicia y el negocio de ambas empresas.

Un caso interesante ocurrió en Madrid, registrado mediante la STS 532/2012 de 30 de julio de 2012. El Tribunal Supremo, en un caso de contrato de franquicia entre Member Clima, S. L., Grupo Clima Miranda, S. L. y Conforstone, S. L., en contra de Climastar Global Company, S. L., resolvió de forma muy interesante respecto a la infracción de la exclusividad contractual en el contrato de franquicia entre ambos:

40. En el caso enjuiciado se ha acreditado la vulneración por el franquiciador del pacto de exclusiva, cuya importancia en el conjunto del contrato no se cuestiona, sin que opere a modo de excusa absolutoria la escasa incidencia económica de la grave infracción, ya que la *vulneración de tal deber básico comporta una deslealtad suficiente para destruir la confianza en la*

contraparte singularmente exigible en los contratos de colaboración de ejecución continuada en el tiempo, constituyendo un incumplimiento esencial. (Resaltado es propio)

Como se puede observar de dicha jurisprudencia española, los contratos se rigen bajo el principio de la buena fe, pero ello tiene que analizarse desde el punto de la redacción de las cláusulas y si estas contienen delimitaciones, pasando a responsabilidad del franquiciado a no darse cuenta del mismo. Es por ello que si no se encuentra regulada la limitación de territorialidad, o sea que no se haya indicado la exclusividad del territorio para la ejecución del contrato, no quita del todo que el franquiciante pueda hacer a su conveniencia la designación de locales, pero podría ir a arbitraje y buscar el «deber básico» que debe tener el franquiciante para con el franquiciado y que la buena fe fue vulnerada. Se trataría de pedir la no aplicación de penalidad, ejecución de garantías, indemnización y, de ser el caso, resolver el contrato o pedir que se resuelva por ese hecho, porque el equilibrio contractual se rompió por el mal obrar de una de las partes al no brindar facilidades a la contraparte para que desarrolle el negocio franquiciado libremente y no con su propia competencia de franquicia.

Ahora bien, no soy tan partidario de creer que se pueda denunciar por competencia desleal por colocar un negocio dentro de su zona delimitada como un tipo de actividad parasitaria, por lo que no encajaría en ello ni siquiera como una imitación sistemática, dado que no es un competidor con otra marca, por lo que no creo que prospere dicha denuncia.

Por ejemplo, imaginemos que en un centro comercial existan dos locales del mismo negocio como podría ser una determinada pollería en el primer piso y otra igual (de la misma marca) en el patio de comidas, o también una determinada cafetería en diferentes pisos, pero todo dentro del mismo local del centro comercial, lo que va a ocasionar que el público no entienda realmente por qué dicha situación o piense que es la misma empresa, pero es claro que los clientes se van a repartir, o sea,

todos los que fueron por una bebida a la cafetería dentro de ese centro comercial van a consumir en la más próxima en su andar, ya que habiendo dos elige la más próxima o del piso donde se encuentre. Lo mismo ocurre con quienes deseen consumir pollo a la brasa: sabrán comprar el pollo en el local más cercano.

Tal es el hecho que parecería incoherente pensar que dentro de un Open Plaza, por ejemplo, exista en cada piso, un Cinemark, o sea, por piso la misma oferta, cosa que evidentemente los dos franquiciados se perjudicarían al quitarse los clientes, y podrían entrar al fracaso incluso a corto plazo, ya que perdería más ingresos a expensas del otro, e incluso, tal vez uno de ellos se beneficiaría más que el otro por su ubicación privilegiada, y ello perjudicaría al otro franquiciado, esa actividad parasitaria en franquicia no debe ocurrir, o al menos en las franquicias de las más serias y reconocidas delimitan correctamente dicha situación.

Es por ello que si existiera un incumplimiento de respeto a la delimitación de la territorialidad, ahí se tendría que evaluar los daños ocasionados, ya que la inversión se afectará considerablemente y se tendría que calcular el lucro cesante y el daño emergente por el accionar del franquiciante y, evidentemente, el nuevo franquiciado dentro de ese límite territorial no tendría responsabilidad al respecto, porque también estaría afectado.

Caso muy diferente es si una empresa X, que de mala fe utilice los signos distintivos de la franquicia y esté dentro de la limitación como avenidas, calles, etc. (es casi imposible que ocurra en un centro comercial), se tendría que iniciar acciones legales por infracción a los signos distintivos y por competencia desleal, sin perjuicio de tomar acciones penales. El tema radicaría en quién sería el sujeto activo, el cual, por excelencia es el franquiciante, pero el franquiciado afectado podría intervenir por tener un título que le acredita derechos de los signos distintivos dentro de esa delimitación y se procedería a denunciar al infractor.

Ahora, tampoco es todo de colores en el mundo de las franquicias, ya que se ha visto negocios, sobre todo un restaurante buffet criollo, que otorga franquicias, pero sin colocar la delimitación territorial, o sea, no le interesa brindar la exclusividad en cierta zona a sus franquiciados, solo le interesa que le franquicien el negocio y que si entre ellos se atacan o se quitan clientes no es problema del franquiciante, y es por ello que cada vez tuvo menos franquiciados o inversionistas.

Por ende, el abogado de la empresa franquiciada debe velar para que exista la exclusividad y de ahí delimitar claramente la zona o zonas a su favor, ya que si existiera una redacción ambigua. Ello ocasionaría perjuicio a los intereses del cliente.

3.6. Incumplimiento del pago de obligaciones contractuales como canon y regalías

Recordemos que es obligación del franquiciante el pago de las regalías mensuales y, de ser el caso, el *fee* publicitario, ya que son obligaciones inherentes a este tipo de contrato, y varias veces se ha visto que durante la ejecución contractual hay temas ajenos, extraordinarios, etc., que hacen que el franquiciado deje de percibir dinero por los bajos ingresos obtenidos y, por ende, evita realizar el pago de las regalías.

Por ejemplo, si dice el contrato que se pagará 10 % de las ganancias netas, en el supuesto que existan meses en que las ventas no vayan bien al franquiciado, que algunas veces no tendrá ganancias, sino pérdidas, el franquiciante no recibirá pago alguno, porque no hubo rentabilidad ese mes, o si la hubo y fue muy poca, y también el pago de regalía será muy bajo.

En cambio, si se colocó en el contrato que se pagará de regalías el 10 % de las ganancias anuales o globales, ahí sí habría inconvenientes,

ya que por más que el franquiciado haya tenido más pérdidas que ganancias en un mes o si ganó muy poco de cualquiera de las formas, por más que haya estado en rojo ese mes.

Como se puede observar, es muy delicada la forma como se redacte las regalías, ya que existen algunos franquiciantes un poco desconsiderados con sus franquiciados al colocar este tipo de condiciones, lo cual no es razonable, más aún en un negocio en que siempre será incierto el éxito o fracaso porque está sujeto a termas externos.

Por ello, los abogados debemos estar al tanto de este tipo de cláusulas que pueden pasar desapercibidas y, de encontrarlas, se tiene que pedir modificación, porque se pueden convertir en bombas de tiempo que pondrían en riesgo la inversión.

Ante estos hechos, muchos franquiciados se ven envueltos en resoluciones contractuales activadas por ellos o los franquiciantes, ya que según sea la parte, dirán que la falta de pago es el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato y ello conllevaría al cobro de penalidades, indemnizaciones, etc. Y, caso opuesto, podríamos estar ante la imposibilidad de pago, donde el franquiciado alegará que no se le ejecute las garantías o cobre indemnizaciones, etc., ya que buscará que esa cláusula abusiva condicionó que no pueda cumplir con sus obligaciones contractuales, pues ni siquiera tuvo ganancias.

Finalmente, sobre la falta del pago del canon, ello es algo poco probable, ya que sin el desembolso de dicho pago no se celebrará el contrato, salvo que se haya fraccionado el pago de canon y exista el pago de alguna de esas cuotas, cosa que sí sería causal de resolución contractual con las consecuencias evidentes.

3.7. Incumplimiento de no cubrir el daño a terceros

Son frecuentes estos hechos, pero en la mayoría de veces por responsabilidad del franquiciante, al no obligar para la celebración del contrato, que se adquiriera un seguro a todo riesgo o, según corresponda, a favor del franquiciado.

Nos referimos a cuando un cliente sufra algún accidente o daño dentro del local como, por ejemplo, que se electrocute, se resbale en cualquier ambiente del local, le caiga encima algún mueble, etc., donde, evidentemente, siempre el empresario debe brindar al 100 % de cobertura a sus clientes sobre este tipo de posibles daños, pero no es ajeno a que pueda suceder a pesar de que ello se haya previsto o, simplemente, no pasaron supervisión de franquicia. Por eso es importante pedir ese tipo de seguros en el contrato de franquicia.

El inconveniente se presenta cuando el franquiciado no ha contratado seguro alguno contra riesgos, no solo para sus trabajadores, sino, especialmente, para los asistentes al local, ya que el seguro debería cubrir a todas las personas que se encontraran dentro del local, sean o no clientes, como podrían ser personas de tránsito o ajenas al consumo.

Entonces, nos hacemos la pregunta: ¿qué tiene que ver el arbitraje de franquicias con que el franquiciado no quiera cubrir los daños a terceros?

Que a pesar de que se podría pensar que sería netamente una materia administrativa de consumidor, entre el consumidor contra la empresa franquiciada, donde evidentemente terminaría en Indecopi, y posterior a ello, en materia civil buscando una indemnización, el franquiciante no puede esperar que ello ocurra, ya que si el franquiciado no quiere cubrir los gastos de daños a terceros dentro de su local, estarían en riesgo de dos cosas:

1. Que la municipalidad proceda a inspeccionar y cerrar temporalmente el local.
2. Que se haga viral dicha información de los daños que la empresa se negó a asumir, a pesar de que debió brindar la seguridad a sus clientes en todo momento.

Cuando salga en prensa televisiva o impresa dirán que se clausuró el local de la pollería X, que es marca del franquiciante, y no dirán que cerraron el local de «Los pollitos dicen S. A. C.», cosa que, evidentemente, hará que el mayor perjudicado, publicitariamente y marcaría, sea el franquiciante por culpa del franquiciado.

Basta con ver que por culpa de un local, que lamentablemente puede sufrir daños a terceros cuando colapsa su techo o paredes, ocasiona que diferentes municipalidades en el país comiencen a supervisar otros locales y conlleve a cierre de varios de ellos, además del ataque en redes sociales.

Es por ello que cuando el franquiciante serio no ha condicionado al contrato la contratación de dichos seguros corre el riesgo de perjudicar su imagen si frente a cualquier desastre, el franquiciado se niega a asumir esos pagos y llega a pensar que mejor lo demanden ya que su capital social es sumamente inferior a los pagos que debería asumir.

Por ello, el franquiciante podría demandar al franquiciado el cumplimiento de cubrir daños a terceros frente a un desastre dentro de su local, incluso si no se encontraba obligado a ello en el contrato, y mucho menos sin contar con el seguro, con lo que contractualmente no estaría obligado a realizarlo y, por ende, podría conllevar a demandar arbitrariamente como pretensión dicha figura, pero que prospere es muy incierto, porque por más que se alegue la buena fe contractual, el incumplimiento del deber básico contractual, etc., quedaría a decisión del tribunal arbitral acoger o no dicha pretensión.

En mi experiencia profesional, he verificado que algunos franquiciados indican al franquiciante que cada uno asuma el 50 % de ese riesgo, a pesar de que no estarían obligados, pero el franquiciante estaría «literalmente» atado de las manos para ir a confrontar, ya que hasta que suceda un proceso deberán asumir el pago de esos daños lo antes posible y muchos de ellos aceptan no porque se sientan responsables, sino por el riesgo de perjudicar su imagen como franquicia. Claramente, existe la probabilidad de que a ese franquiciado no le vayan a renovar el contrato por su proceder.

Un caso donde más que ir a discutir con el franquiciado es solucionar en un tiempo inmediato un inconveniente lo hizo una famosa cadena de venta de hamburguesas, donde, lamentablemente, en el 2019, dos trabajadores de una de sus franquicias en Pueblo Libre fallecieron electrocutados dentro de su local. La empresa franquiciante comenzó a tomar todas las medidas preventivas antes de que se agrande dichos hechos y por un tiempo lograron arreglar con los familiares de los dos fallecidos, donde el titular en el Perú de la franquicia acordó compensar con S/ 1 000 000 aproximadamente a cada familia, por dichos daños, y así terminar con procesos legales, y que frente a la prensa se vea que la empresa reconoce el error y procede a una indemnización razonable, y hasra donde se pudo saber, nunca salió el nombre del franquiciado, sino el nombre de la marca.

3.8. Menguar o dañar la imagen de la marca

Esta causal es de las más remotas, ya que se tendría que evaluar desde dos perspectivas:

1. Causada sin intención del franquiciado
2. Causada con intención del franquiciado

Respecto de la no intención sería como en los casos comentados, que pudo haber un error en la preparación de un producto y ello conllevó a un perjuicio. Evidentemente, variará si tomó o no medidas preventivas y/o correctivas frente a esos hechos, ya que es normal que pueda haber contingencias o hechos aislados que podrían causar un daño a la imagen. Es por ello que se tiene que hacer todo lo posible de arreglar el inconveniente en ese momento y evitar que se viralice el hecho por más que sea cierto o no.

Ahora, cuando es con intención, es probable que al franquiciado ya no le importe la inversión que hizo con la franquicia y comience a desprestigiarla, cometer errores adrede, atender mal a los consumidores, etc., donde el franquiciante si realmente hiciera visitas inopinadas o se enterara de esos hechos, tomaría acciones correctivas inmediatas, y si aún continúa ello podría resolver el contrato, ya que a pesar de las comunicaciones previas, continúe o se demuestre la intención de incumplir con sus obligaciones, estando sujeto el franquiciante a una indemnización por daños y perjuicios.

Es por ello que desde el momento de la postulación a la franquicia, el franquiciante tiene que hacer un estudio profundo del historial general del franquiciado, averiguar si tuvo empresas, por qué cerraron, etc., ya que tendría una visión previa sobre su futuro accionar durante la ejecución contractual.

El daño a la marca es algo que puede convertirse en irreparable, es por ello que es obligación del franquiciante de velar el irrestricto respeto a su identidad y fama que haya conseguido y de cómo lo están utilizando los franquiciados, ya que las empresas pasan bajo cualquier denominación social que exista, y que a nadie le importa, pero las marcas son las que quedan y depende de todo el éxito de una empresa, ya que muchas veces se compra productos o consume servicios más que por la calidad, por la fama.

En forma de conclusión en este tema, es evidente que no se puede tomar acciones legales mediante el Indecopi contra el franquiciado frente a estos hechos, porque es de una relación contractual, y que la única forma de solución de la controversia sería la pactada en el convenio arbitral, salvo que se haya pactado acudir al Poder Judicial.

3.9. Impedir la realización de visitas o fiscalización del franquiciante

Hay que dejar en claro que muy diferente es que se evite la visita de fiscalización del franquiciante a una visita de fiscalización de la municipalidad o cualquier entidad. El presente apartado trata únicamente sobre la restricción al franquiciante.

Hay dos tipos de visitar:

1. La visita inopinada por parte del franquiciante, que lo hace como si fuese un consumidor.
2. La visita inopinada por parte del franquiciante, que lo hace como tal.

Cuando la visita es como un consumidor, es algo imposible de detectar, ya que el fiscalizador pasará como cliente y tomará nota de ciertas acciones, como trato del personal, forma de atención, duración en la atención, entre otras cosas, y ahí se podrá evaluar si realmente se está cumpliendo con los manuales y la capacitación que se brindó al franquiciado.

Por ejemplo, ese comensal fiscalizador hará su pedido de cualquier plato, va a indicarle al mozo que el plato se encuentra malogrado o que encontró algún elemento externo y esperará la reacción del mozo y de los trabajadores del negocio frente a esas situaciones. Del mismo modo, cuando se acerque a realizar el pago esperará a ver si le entregan o no el

comprobante de pago (ya que si no lo hacen, y si un trabajador de la Sunat lo detecta en fiscalización, se podría llegar a cerrar el local —y si es en un centro comercial, podría resolverse el arrendamiento y aplicar penalidades—), entre otras medidas, y podrá verificar que todo se encuentra conforme o no.

Ya al terminar, optará por dos medidas: una es la de irse y posteriormente emitir una comunicación sobre el reporte de visita inopinada con todo lo sucedido y medidas a tomar, y otra situación sería en ese momento solicitar conversar con el encargado del local, como el administrador y ahí mismo señalar el reporte con los pros y contras al respecto sobre lo observado.

El tema radicaría en la situación cuando se visite el local por un representante del franquiciante (como tal) y pida fiscalizar, por ejemplo, la cocina, la oficina de contabilidad, etc., y el administrador o franquiciado se niegue a aceptar el ingreso por diversos hechos a su propio criterio, cosa que no debería pasar, ya que contractualmente se encuentra obligado el franquiciado de recibir al fiscalizador y que inspeccione lo que sea necesario, pero al negarse su ingreso, el fiscalizador colocará un reporte e intentará que el administrador firme el acta. Con o sin ello, en la mayoría de veces se procederá a cursar una carta para que el franquiciado realice un descargo sobre lo sucedido frente a la inminente imposición de penalidad (usualmente de montos elevados), y apercibimiento de resolver el contrato si nuevamente vuelve a negar el ingreso a su fiscalización —todo ello dependerá del contrato y la decisión del franquiciante—.

Claro está que proceder o no con la resolución y la aplicación de penalidad y la falta de pago de ella es materia arbitrable por parte del franquiciante, ya que el hecho de su negativa es indicio de algo sospechoso que pondría en riesgo el prestigio de la franquicia, mal llevado de los manuales, ingresos, contabilidad o incluso riesgo para la vida y salud de los trabajadores o consumidores del local.

3.10. Impedir la realización de visitas o fiscalización de autoridades públicas o privadas

A diferencia de la anterior causal, esta es aún más grave, ya que la intervención de una autoridad estatal podría conllevar a un cierre temporal o definitivo del local.

Como se indicó, si la Sunat hace fiscalización y no se le emite y entrega comprobante de pago al consumidor, el cierre de local es lo más evidente, salvo que paguen la multa para evitarlo. El tema empeora si el local se halla en un centro comercial. Por ello, en esos casos se tiene que pagar de forma inmediata las multas que sean y nunca estar en deuda con los trabajadores.

Como se comentó, ya es costumbre que ante cualquier escándalo o video viral que ocurra, la municipalidad o cualquier entidad proceda a fiscalizar para hacer presencia, y últimamente hay entidades que sacan en sus canales de Tik Tok videos cortos de su intervención, muchas veces con información no tan cierta, pero ya con ello causaron daño al prestigio de la marca.

En la mayoría de contratos de franquicia se suele colocar como obligación del franquiciado que otorgue todas las facilidades a cualquier autoridad estatal, pero previamente con la comunicación al franquiciante frente a ese hecho, para optar con la decisión frente a la fiscalización, donde muchas veces mandan al representante legal y, sobre todo, al abogado de la franquicia para hacer presencia y corroborar que no haya abuso de autoridad o, de ser el caso, corregir y solucionar el inconveniente en ese momento para que no escale a mayores y sea peor.

En ese sentido, si el franquiciante se entera que no se le informó en el acto o de forma inmediata frente a una fiscalización de alguna entidad a uno de sus franquiciados, y peor aún, que significó con cierre de local,

estará expedito a la aplicación de penalidad, indemnización y muy probablemente a efectuar la resolución contractual por incumplimiento de sus obligaciones esenciales frente a esos hechos.

3.11. Incumplimiento de la obligación de no competencia

Esta es una de las causales más comunes que conllevan a un proceso arbitral.

Conforme ya se señaló, cuando el contrato de franquicia ha terminado y por disposición de ambas partes, o incluso por parte del franquiciante, no se renueva el contrato, se procede a realizar la liquidación correspondiente y pago pendiente, además del traspaso formal de los bienes que pasarán a propiedad del franquiciante.

Es evidente que el empresario que contrató con el franquiciante resulta muy probable que no conociera el manejo del negocio, o sea, por ejemplo, cómo se administraba y gestionaba un restaurante, un gimnasio, una librería, etc., y que en esos años con los manuales, con las capacitaciones, ha aprendido el secreto de la gestión y cómo se tiene que hacer, ya que recibió la experiencia del franquiciante y el franquiciado únicamente tenía que replicar.

Es por ello que ya con ese conocimiento hay muchos empresarios que quieren formar su propia empresa con su propia identidad, donde quieren aplicar todo lo aprendido de la franquicia que contrataron, o sea, convertirse en competidores del mismo, con sus propios signos distintivos y por ahí sumar cosas adicionales para resaltar en el mercado. Pero, contractualmente, con la franquicia va a estar impedido de ello.

El franquiciante suele colocar siempre en el contrato la cláusula de «no competencia» y por una cantidad de años, suelen ser 3 o 5 años, pudiendo ser más, ya que así al menos limitará que el franquiciado pueda

utilizar lo aprendido, pero dentro de la práctica eso es más protocolar que cumplimiento de la regla.

Hay exfranquiados que constituyen negocios con «interpósita persona» y, es más, se trata de no incluir los primeros grados de consanguinidad ni de afinidad por seguridad o evitar problemas. Ya cuando pasan los años de no competencia suelen hacer la transferencia de acciones y pasan a ser los titulares de la empresa.

Esta causal se aplica en demandas en el arbitraje de franquicias cuando el exfranquiado puso un negocio al poco tiempo de serlo o de usar a un tercero, se llegó a detectar esa acción fraudulenta por indicios o hechos que prueben que administra el negocio, controla, invierte, etc., y en estos casos la demanda tendrá como pretensión la indemnización por daños y perjuicios.

Un tema interesante es evaluar cuándo el franquiciado, a pesar de haber terminado el contrato, continúa utilizando los signos distintivos de la franquicia. La pretensión tiene que ir acorde al contrato y no como acción extracontractual, porque esos hechos son del contrato y se reguló la no competencia. Este tema fue visto en el laudo de Privy Council australiano *J H Coles Pty Ltd. contra Need*, de 1934.

Finalmente, se ha visto algunos casos que durante la ejecución del contrato, el aún franquiciado constituye una empresa con la intervención de un tercero y trabaja a la par los dos negocios, hecho aún más dañino para el franquiciante, desde mi punto de vista. El monto de indemnización tendría que ser superior con la consecuente de resolución contractual y soy partidario de que podría calzar la figura de violación de secretos como competencia desleal, solamente que se tendría que evaluar la figura y hechos para que calce adicionalmente esas acciones legales en contra del franquiciado por sus actos de mala fe y evidente incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

3.12. Incumplimiento de mantener la confidencialidad

Esta causal, a diferencia del anterior, se trata de que el franquiciado utiliza toda la información aprendida y confidencial que tuvo acceso para su uso personal y la hace pública.

La confidencialidad es un elemento contractual sumamente importante, incluso a nivel internacional es catalogada como «non-disclosure agreement - NDA».

Los elementos clave para un NDA efectivo, según el despacho norteamericano Calkins Law Firm, son:

What is a Non-Disclosure Agreement?

A Non-Disclosure Agreement (NDA), often known as a confidentiality agreement, is a legally binding contract that creates a confidential relationship between two or more parties involved in a business or transaction.

The primary purpose of an NDA is to ensure that sensitive information or trade secrets shared during negotiations, partnerships, or discussions remain confidential and are not disclosed to third parties.

An NDA provides a secure framework that facilitates the free exchange of confidential information while protecting the involved parties' business interests. This type of agreement is crucial in maintaining a competitive edge, as it prevents the leakage of proprietary information that could benefit competitors.

Key Elements of an Effective NDA

- Definition of Confidential Information
- Obligations and Duties of the Receiving Party
- Duration of Confidentiality

- Consequences of Breach
- Miscellaneous Provisions.⁵²

Se han visto casos donde se revelan secretos comerciales y muy poco probable el secreto industrial, ya que estos se encuentran debidamente protegidos con difícil acceso de los ingredientes o insumos. Esas revelaciones se subieron en redes sociales como X (ex Twitter), Facebook, etc., al señalar los pasos de elaboración de las bebidas y de los alimentos, del tipo de cocción y tiempo, la cantidad de los ingredientes para la preparación de algún plato especial, etc.

Adicionalmente, podría estar inmerso en la revelación de los proveedores de la franquicia o de los precios de ciertos productos que son adquiridos, o de cualquier información confidencial a la que haya accedido el franquiciado durante su ejecución contractual y que se comprometió a no revelar, pero igual lo reveló para el público en general o a otras personas privadas, sea a quien sea que haya revelado lo confidencial.

Cabe recordar que, contractualmente, el franquiciado al recibir los manuales, capacitación y demás información confidencial, la tiene que mantener en secreto durante la ejecución contractual y por siempre después de terminada la relación contractual. Es más, ni bien se termine dicha relación, el franquiciado tiene que devolver todos los manuales (de forma protocolar) al franquiciante, pero ello no significa o garantiza que no haya sacado copias o ya esté utilizando dicha información.

Sea la situación que sea, la divulgación de información o documentación confidencial, con o sin intención por parte del franquiciado, lo

⁵² CALKINS LAW FIRM. *The Importance of Non-Disclosure Agreements in Business Collaborations*.
<https://calkinslawfirm.com/the-importance-of-non-disclosure-agreements-in-business-collaborations/>

hará pasible de penalidades y de indemnización millonaria, que será iniciada y solicitada en un proceso arbitral.

En el proceso arbitral, el franquiciado podría alegar que dicha divulgación ha sido realizada de forma fraudulenta y de mala fe por uno de sus trabajadores y no por la empresa en sí, pero para el franquiciante ese hecho no interesará, porque debió tomar las debidas precauciones.

3.13. Incumplimiento de mantener stock y condiciones

Esta causal no es frecuente que se derive en la resolución contractual, pero sí para emitir amonestación y, de ser el caso, aplicación de penalidades. Además, se podría evitar todo este inconveniente si la franquicia operara con un programa de ordenador que le envíe avisos según el *stock* que le queda en tiempo real, y compra de dichos insumos desde el mismo computador o tableta, resolviendo cuando falta *stock*.

Nos referimos a cuando el franquiciado no lleva un control idóneo del *stock* con el que cuenta en su negocio, ya que descuida abastecerse de insumos fundamentales en su producción, y que cuando se da cuenta de que ya no cuenta con los mismos o está muy escaso querrá hacer el pedido en ese momento al proveedor seleccionado por el franquiciante, pero se podrá dar con la sorpresa de que no contará con tiempo o *stock* en ese día o al siguiente, además de que contractualmente se suele hacer los pedidos a los proveedores con no menos de 24 o 48 horas para su entrega.

En esa situación se presentará el problema de que los clientes no puedan acceder a los servicios o productos que se solicite y, por ende, podría causar un daño a la imagen frente a ese malestar, ya que dicha situación en una franquicia no puede existir de ninguna manera, salvo que ocurra un fenómeno ajeno al común denominador de ventas diario.

Cabe indicar que el franquiciado está prohibido de comprar los productos o insumos en otros negocios que el autorizado, como acudir a un mercado o supermercado para abastecerse frente a ese hecho y así evitar un problema en la prestación del servicio, pero, de todos modos, a pesar de que tiene sentido razonable hacerlo, se encuentra prohibido porque no garantiza el tamaño y calidad de los productos que la franquicia tiene como característica.

Es por ello que en los contratos de franquicia, ante situaciones de emergencia como el no contar con esos insumos, se tiene que comunicar inmediatamente con el franquiciante para que él pueda apoyar brindando una solución, consiguiendo lo faltante o, en el peor de los casos, ver la forma de conseguir los insumos comprados en otro lugar, pero que se asemejen a la calidad del mismo, pero ello nunca será revelado por el franquiciante, ya que sería dar puerta abierta a que el franquiciado, para ahorrarse dinero, mienta y compre insumos en ese lugar y ya no al proveedor, y pondría en riesgo la franquicia, además de incumplir con sus obligaciones contractuales.

Por ello, el franquiciante al ver que hubo desabastecimiento, usualmente en la primera vez (y siempre que haya existido comunicación), aplica una amonestación por su actitud. Ya si continúa, se comienza a aplicar penalidades en contra del franquiciado, ya que eso podría afectar la calidad del servicio en general. Ya si el franquiciado se niega a pagar esas penalidades, se podría iniciar un proceso arbitral y aplicar otras penalidades por el no pago de las mismas, cosa que es muy común en ese tipo de contratos.

3.14. No realizar publicidad y promoción

Esta causal es netamente responsabilidad del franquiciante, ya que dentro del contrato se suele colocar —casi siempre— un porcentaje como *fee* publicitario con base en las ganancias mensuales.

Es así que, aparte del pago por regalías, se tiene este pago extra, y que netamente lo asume el franquiciado, con la condición y obligación de que el único que hará publicidad general de la marca y promociones en todas las redes sociales, eventos, etc., será el franquiciante, con la intención de uniformizar todas las promociones que tengan las franquicias y no se vea que los diferentes locales mantienen diferentes ofertas, precios, presentaciones e incluso puedan hacer publicidad con el logo de la marca pudiéndolo vulgarizar dentro del mercado.

Unidroit, sobre la publicidad y su importancia en el contrato de franquicia, señala que:

La importancia de la publicidad para el éxito del sistema de franquicia es tal que es natural que el franquiciador desee ejercer cierto control. Los principales objetivos de controlar la manera en que el sistema de franquicia se anuncia en el extranjero son, primero, la estandarización global de la imagen del sistema de franquicia que se proyecta a posibles clientes, y segundo, la protección en los otros países de las marcas exclusivas (las marcas y otros derechos de la propiedad intelectual similares) utilizados en el sistema de franquicia. También se debería reconocer un tercer objetivo, evitar en la máxima medida posible la publicidad falsa o engañosa.⁵³

Es así que el franquiciante, al percibir ese dinero extra, tiene la obligación de realizar publicidades interesantes por diferentes eventos como el Día de la Madre, Navidad, el Día del Amor, Fiestas Patrias, Semana Santa, etc., y que se estandarice el mismo en todas las franquicias, y que esas comunicaciones en redes se hagan de forma constante y en diferentes medios de comunicación para mayor alcance a nivel nacional.

Del mismo modo, esto incluye que en la página web, central de atención, etc., del franquiciante deben estar habilitados los locales de los franquiciados, o sea, por ejemplo, cuando se quiere comprar unas rosas

⁵³ UNIDROIT. *Op. cit.*, p. 98.

para la ciudad de Cusco tendría que entrar a la página web del franquiciante o de la marca para los consumidores y ahí seleccionar la ciudad donde desea enviar las rosas. Ese es el trabajo que realiza: conseguir clientes mediante el uso de la plataforma principal para beneficio de todos los consumidores.

Entonces, se han visto casos donde el franquiciante ha estado cobrando ese porcentaje por publicidad, pero no realizaba las promociones ni publicidad de las franquicias de forma continua y estratégica, ya que el publicitar solo en una red social no se pueda catalogar como tal para el cobro de este concepto, ya que debe ser una promoción agresiva y sectorizada para la adquisición de productos. Por ello es importante verificar la cantidad y frecuencia de publicidad, además las fechas importantes y dónde se realizará, para tener el control.

Ahora, de no tener la información señalada en el párrafo anterior, será muy complicado que el franquiciado pueda exigir dicho cumplimiento y de ser el caso el cobro de algún monto, porque técnicamente no se estaría incumpliendo alguna obligación.

Si se pretendiera demandar por incumplimiento de esta causal, sería a lo mucho sustentar una resolución contractual, ya que es poco probable que se coloque como penalidad en contra del franquiciante. Por ello, podría ser una causal la falta de publicidad frecuente, siempre que la intención del franquiciado sea resolver el contrato al no ser rentable, pero quedará a criterio del tribunal arbitral si acoge o no el deber del franquiciante o el fiel cumplimiento idóneo de sus obligaciones.

Finalmente, a pesar de que el franquiciante no cumpla con sus obligaciones, el franquiciado ahí sí está prohibido de realizar publicidad a nombre propio, porque ahí se le aplicaría penalidades e incluso sí estaría inmerso en causal de resolución contractual y no sería una buena partida arbitral a favor del franquiciado, porque tendría todas las de perder.

3.15. No respetar el plazo contractual

Los contratos de franquicia tienen un plazo usual de 5 a 6 años, ya que será el doble del plazo de recuperación de la inversión, aunque puede haber contratos con mayor plazo. En algunos países se suele condicionar el plazo máximo de los contratos.

La idea del contrato es que se culmine, salvo excepciones como entrar en quiebra alguna de las partes, fenómenos como caso fortuito o fuerza mayor, que ocasionaría el poner fin al contrato, como lo que ocurrió en época de la pandemia de COVID-19.

Cuando el franquiciante es el que decide resolver el contrato es casi siempre por motivos justificados por incumplimiento de parte del franquiciado, aunque también existen hechos en que lo hace para preservar el prestigio de su marca frente a terceros. Pero también hay situaciones donde por decisión propia desean salir del mercado peruano, al ser una franquicia extranjera o simplemente salir del mercado, pero ahí se tiene que evaluar si el negocio sale del mercado en general o únicamente se respetará el contrato hasta que se termine el plazo. Por ejemplo, en el Perú hay casos donde varias franquicias sintieron que no fue rentable su inversión y salieron del país.

Ahora, puede haber casos aislados en que por procesos judiciales por comisión de delitos o infracciones administrativas que logran cerrar la empresa matriz, o sea, el franquiciante, es ahí donde se queda en el limbo si lamentablemente los franquiciados seguirán la misma suerte.

En caso contrario, los franquiciados pueden verse en situaciones donde realmente el ingreso económico no es el esperado, por lo que proceden a trabajar lo mejor que pueden, pero no cubren las ganancias necesarias y así pasan meses donde sienten que mucho trabajo no rentabiliza, por lo que buscarán resolver el contrato de cualquier forma.

La primera intención de indicarle al franquiciante que desea resolver el contrato por mutuo disenso es muy poco probable que sea aceptada sin que se le aplique la penalidad correspondiente y la ejecución de garantías otorgadas, ya que no buscará terminar un contrato sin una ganancia fija, por lo que, en este caso, las pérdidas serán casi seguras y tendría que evaluar pros y contras, y al realizarlo, seguramente, no será necesario acudir a arbitraje.

Pero hay situaciones donde el franquiciado buscará la resolución contractual por alguna causal contractual, como el de publicidad, capacitación, etc. donde le permita apereibir y de ahí resolver, con lo que lograría la no ejecución de sus garantías y aplicación de penalidades, claro está que cada caso tiene su propia aplicación de causal.

Ahora, el hecho de que el franquiciado haya resuelto el contrato bajo cualquier causal y se haya cumplido con los requisitos de forma no significa que el contrato haya sido resuelto de manera correcta, o sea, me refiero a que el requisito de fondo se haya cumplido y se haya demostrado el incumplimiento de las obligaciones esenciales para que haya procedido en derecho. Así, se podrá acudir a arbitraje y buscar revertir dicha resolución contractual.

En ese proceso aparte se podría solicitar que se proceda a aplicar las penalidades correspondientes y la ejecución de la garantía, claro está que hay veces en que el franquiciante desconoce la resolución y luego apereibe al franquiciado y procede a resolver el contrato que “técnicamente” estaba resuelto, lo que en la doctrina se le llama resoluciones paralelas o sucesivas. Solo en ese caso se pediría que se declare consentida la resolución del franquiciante, con lo que al dejar sin efecto la resolución del franquiciado no se reactive el contrato, sino se declare aplicable la resolución del franquiciante, con lo que ahí sí se pondría fin a dicha resolución contractual.

Cabe destacar que el resultado del laudo, en muchos casos, sobre forzar una resolución sin una base justificada, será perjudicial al franquiciado, que perderá una gran cantidad de dinero en penalidades y ejecución de garantías, por lo que se debe hacer un detenido estudio del caso.

Para evitar esas pérdidas se recomienda que se llegue a negociar un mutuo disenso, ya que este tipo de contratos están diseñados casi siempre para que el franquiciante se encuentre con ventaja frente al franquiciado. Por ello, al saber que no se posee el poder contractual, mientras no se tenga debidamente justificada la causal, es preferible no resolver el contrato, porque se tendrá todas las de perder.

3.16. Caso fortuito o fuerza mayor

En el artículo 1314 del Código Civil señala:

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Y, del mismo modo, dicho artículo va de la mano con el artículo 1315 del mismo cuerpo normativo que regula el caso fortuito y la fuerza mayor:

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Podemos complementar dichos artículos con lo indicado por el maestro Felipe Osterling:

Como ya se ha expresado, ambos consisten en acontecimientos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles para el deudor y, desde luego, independientes de su voluntad. En todo caso fortuito o de fuerza mayor hay,

necesariamente, ausencia de culpa. Estos eventos configuran, definitivamente, causas no imputables.⁵⁴

Ahora, es importante delimitar los conceptos de los requisitos del caso fortuito y fuerza mayor. La Dirección Técnica Normativa del OSCE emitió un comentario sobre dichos requisitos, guiándose del *Diccionario de la lengua española*, por lo que en la Opinión n.º 046-2020/DTN ha indicado lo siguiente:

Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento extraordinario se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

Asimismo, un hecho o evento es imprevisible cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por último, el que un hecho o evento sea irresistible significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento.

Cabe resaltar que la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad a las partes, específicamente, a la parte que se ve imposibilitada de ejecutar sus prestaciones.⁵⁵

Por ello, como se comentó en el caso del centro comercial en el que se desplomó el techo, causando daños a las empresas y lamentables fallecimientos de personas, el problema se daría en el contrato de franquicia (no se incluiría el contrato de arrendamiento por ser una relación jurídica distinta). El franquiciante, decide cobrarle al franquiciado el pago de regalías y *fee* de publicidad, ya que puede ser que se le haya colocado monto fijo. Del mismo modo, no haya acudido a apoyo directo

⁵⁴ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen VI, 1988, p. 199.

⁵⁵ OSCE. *Opinión n.º 046-2020/DTN*, p. 3-4. <https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/828323-opinion-n-046-020-dtn>

al franquiciado con sus proveedores, de pedir fraccionamiento de pagos o no cobros, de ser el caso, en ese mes o tiempo prorrateado, o sea, el franquiciante desconoce la magnitud del perjuicio ocurrido en el centro comercial y procedió a aplicar penalidades, y cobros, por lo que el franquiciado puede acudir a arbitraje alegando caso fortuito o fuerza mayor, según corresponda, y pedir que no se le cobre ninguna penalidad por ese hecho. Todo esto derivó en que el franquiciante no entendió el problema o el franquiciado no alegó caso fortuito o fuerza mayor.

Del mismo modo, podría el franquiciado resolver el contrato si es que el cierre temporal del centro comercial ha superado los 30 días y ha ocasionado daño a su mobiliario, y que se volvió inviable continuar con el contrato por los daños ocasionados, y que la Sunat y el banco le ha venido cobrando las deudas generadas, ya que al banco no le va a importar lo sucedido y se tendrá que realizar el pago dentro del plazo, porque si no se cobrarán intereses moratorios y penalidades, e incluso conllevar a embargos más adelante.

Por ello, en vía arbitral se tendría que buscar la no aplicación de penalidades, ejecución de garantía o indemnización por haber resuelto el contrato antes del plazo pactado, con base en el caso fortuito y fuerza mayor, y demostrar los mayores esfuerzos de haber intentado cumplir con el contrato, pero ese tema ajeno lo convirtió en imposible, por lo que el tribunal arbitral tendrá que evaluar si con las pruebas que se presenten y los hechos públicos ocurridos podría calzar dicha pretensión, pero también no será valorado si esa es una salida del contrato por parte del franquiciado, como el cierre del local por 5 días, y por ello alegue pérdidas totales, por lo que probablemente, el franquiciante, que será demandado, solicitará en una reconvencción que se deje sin efecto la resolución contractual de la contraria, se resuelva ese contrato y se aplique los pagos correspondientes a su favor.

3.17. Abuso e injustificado uso de la cláusula de penalidad

Como se ha descrito, el franquiciante, al tener el poder contractual, suele tener mayores posibilidades para cobrar montos, penalidades e iniciar acciones en contra del franquiciado.

La Constitución Política del Perú regula en su artículo 62 y garantiza a las partes la facultad de decidir sus reglas contractuales, respetando las normas vigentes al tiempo del contrato:

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato [...].

En ese sentido, para entender la aplicación de penalidades tendríamos que analizar cuál es la estructura que genera ello y cómo se ha regulado. Humberto Podetti menciona lo siguiente:

Objeto, precio y riesgos constituyen la trilogía estructural de todo contrato. Las partes consumen mucho tiempo y recursos, costos de transacción, para configurar a medida las regulaciones contractuales que les permitirán desarrollar esa trilogía estructural y organizar, así, los recursos humanos y materiales para llevar adelante el objeto de su negocio, asumiendo los riesgos que permitan asegurar, dentro de lo posible, la rentabilidad de este.⁵⁶

Es por ello que se tiene que redactar de forma correcta todas las causales de aplicación de penalidades, ya que sin ello podría convertirse en una puerta abierta de aplicación de penalidades sin sentido y por cualquier motivo al franquiciado, donde este último solo se sometería al cumplimiento del mismo, y la única forma de revertirlo sería acudir a arbitraje y pedir que se declare la ineficacia de dichas penalidades y se proceda a la devolución del dinero a favor del franquiciado.

⁵⁶ PODETTI, Humberto Antonio. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 244.

Sobre las penalidades, Osterling y Castillo indican lo siguiente:

Considerando el marco normativo antes reseñado, puede decirse que las cláusulas penales son un mecanismo contractual que permiten a las partes pactar de antemano las consecuencias de sus incumplimientos. Mediante estas, se establece [...] la pena o penalidad convenida para los casos de incumplimiento.⁵⁷

Del mismo modo, Guillermo A. Borda:

[...] es también un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento. Se evitan así todas las cuestiones relativas a la prueba de la existencia del daño y su monto.⁵⁸

Las aplicaciones deliberadas e incluso de mala fe solo causarían un perjuicio a la propia franquicia, porque desnaturalizarían su espíritu, que sería hacerlas crecer. Y si solo se dedica a aplicar penalidades para enriquecerse a corto plazo, pero no piensa en el crecimiento, en el mundo empresarial se conoce qué empresarios franquiciantes obran de mala fe, e incluso las propias consultoras de franquicias evitan tener este tipo de empresarios dentro de su *staff* de asesorados, porque dicha mala fe solo desprestigia, por lo que a largo plazo esa franquicia está a rumbo al fracaso.

A pesar de ello es posible acudir a arbitraje sin limitación alguna y podría buscarse un resarcimiento por abuso del derecho o del poder contractual de parte del franquiciante. Siempre que no se haya establecido de forma puntual las causales, se las podría cuestionar y buscar su ineficacia para proceder a la devolución de las penalidades que hubiesen sido pactadas, pero ello quedaría a decisión del tribunal arbitral.

⁵⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra, 2008, p. 939.

⁵⁸ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983, p. 197.

Es importante lo señalado por Andrés Talavera respecto a las penalidades:

Como se puede observar, la cláusula penal permite la distribución eficiente de los riesgos entre las partes, quienes deciden pactar una cláusula penal siempre y cuando los beneficios excedan los costos. La existencia de una penalidad es muestra de que las partes están maximizando el valor del contrato.

De ese modo, si las partes han pactado una penalidad es porque dicho pacto representa la distribución eficiente de riesgos acordada por aquellas; y, además, representa el equilibrio económico sobre el cual se ha realizado su análisis costo-beneficio.⁵⁹

Así, es válido colocar causales de aplicación de penalidades en el contrato de franquicia, pero, evidentemente, si no todas, la mayoría, se aplicarán en contra del franquiciado por el incumplimiento de algunas obligaciones determinadas en el mismo contrato y cuantificadas, de ser el caso.

3.18. La no renovación del contrato

Este tipo de controversia es de las más limitadas que existen, ya que todo debe radicar en qué se ha determinado en el contrato y con base en ello se decidirá o no a la renovación.

El tema radica en si en el contrato se determina que existirá una renovación de forma automática su vencimiento por un periodo igual. Si el franquiciante comunica la no renovación con un plazo de antelación, siempre y cuando esa facultad se encuentre debidamente redactada, se estaría ante un incumplimiento de obligaciones esenciales y, por ende, se convertiría en una acción arbitrable por parte del franquiciado.

⁵⁹ TALAVERA CANO, Andrés. «Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales». En *Ius Et Veritas* vol. 24, n.º 52, 2016, p. 195.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16379>

Evidentemente, si no se ha estipulado en el contrato la obligación del plazo contractual o de una renovación automática por el mismo plazo, se debe respetar al derecho de contratar y la decisión del franquiciante seguir o ya no seguir contando con un franquiciado dentro de su actividad empresarial.

Las renovaciones suelen ser por los mismos periodos y, en muchos casos, sin el pago de canon, con lo que quedaría expedito a continuar con la ejecución contractual.

Esta causal es muy aislada, pero resulta probable que se pueda dar, ya que dicha omisión en la redacción del contrato podría ocasionar perjuicio posterior y malestar entre las partes y, por ende, una posible controversia que va a derivar en arbitraje, y el árbitro únicamente tendrá que verificar si en el contrato se delimitó o no la renovación y si requiere un procedimiento de forma para el mismo.

3.19. Ausencia o defectos de representación

En el supuesto que se haya celebrado un contrato con la persona que ya no contaba con representación, se convertirá en un embrollo legal, y empeoraría si es que se desembolsó dinero o entrega de algunos bienes, porque ahí sí se podría convertir incluso en un proceso penal, por lo que sí se podría arbitrar dicha situación buscando la nulidad o ineficacia del acto jurídico o, de ser el caso, alguna otra solución entre ambas partes, pero como es obvio, el tema penal, salvo la reparación civil, no es arbitrable.

3.20. Adulteración de información contable y de ingresos

En teoría, y según contrato, el franquiciado debe comprar todos los materiales e insumos a los proveedores que el franquiciante haya determinado. Evidentemente, en varios de estos contratos los montos son moderadamente más caros que en otros lados.

En ese sentido, podría haber situaciones en que el franquiciado comience a comprar productos a otros proveedores para aminorar gastos y con ello afectar la venta de los productos, sin que se registre o no contabilice dichas ventas, incluso podría haber ventas a ciertos clientes continuos o al azar sin emitir comprobantes de venta, para que dichos productos no ingresen en los pedidos y así declarar ingresos inferiores y, por ende, pagar menor monto al franquiciante y tener más ganancias como franquiciado.

En estos casos, los trabajadores que se encargan y manejan dichos registros suelen ser leales al franquiciado por el miedo o riesgo de perder su puesto de trabajo, si es que contarán dichos hechos a los fiscalizadores del franquiciante al momento de sus visitas y preguntas. Del mismo modo, usar aceite refrito y no cambiarlo, conforme indican los manuales, hará que se ahorre en gastos, pero suelen comprar nuevo aceite que lo revenden o usan los recursos en gastos personales, con lo que se generará ahorro considerable en esas actividades.

Ahora, el tipo de llenado de los libros contables que pueden ser manipulados por el contador del franquiciado es un acto definitivamente prohibido en el contrato y muchas veces regulado como causal de resolución contractual. Es por ello que las fiscalizaciones que hacen los franquiciantes son muy variadas, ya que suelen pedir los libros, registros y llevar los libros de actividades, además de ver el desarrollo de la actividad, y muy pocos franquiciantes se dedican a realizar una fiscalización completa y correcta con un inventario, estudio de los libros contables y declaraciones ante la Sunat con un contador auditor para encontrar tales hechos, hasta donde se pueda analizar.

Ese contador debe trabajar con un conocedor de los insumos del franquiciante, ya que tendría, en la visita inopinada, que ver los insumos en total, en todos los muebles y refrigeradoras, y corroborar que sean aquellos que los manuales indican y si han sido declarados y registrados

en las compras, etc. Ahí se podría encontrar un desbalance o compras negras que han sido manipuladas deliberadamente por el franquiciante.

Una vez descubiertos estos hechos, el franquiciante procederá a apercibir al franquiciado solo por protocolo contractual. Posteriormente, procede a resolver el contrato y, evidentemente, con las pretensiones de aplicación de penalidades, indemnización por daños y perjuicios, pago de devengados de lo que realmente debió percibir, que fue manipulado con una auditoría completa, entre otras pretensiones, donde es casi seguro que el tribunal arbitral declarará las pretensiones como fundadas.

Todo ello, sin perjuicio de que la Sunat va a sancionar el hecho de que se haya cometido fraude al llevar los libros contables, pero también se estaría hablando de la presunta comisión del delito de administración fraudulenta, regulado en el artículo 198 del Código Penal, que indica:

Artículo 198.- Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, el que, ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.

[...].

Como se puede ver, no solo conllevaría una resolución contractual, con las evidentes aplicaciones de penalidades, ejecución de las garantías, sino también se procedería a realizar una denuncia penal por la presunta comisión de fraude en la administración de personas jurídicas bajo la modalidad de administración fraudulenta.

Ahora, esa acción por parte de un empresario estaría también sujeta a una sanción, por la comisión de la infracción del Código Tributario en su artículo 175.

Sin perjuicio de lo anterior, como hemos indicado, para evitar tanto problema y posible proceso arbitral, hay varias franquicias que optan por programas de ordenador conectados con los sistemas de los franquiciados y proveedores, para que en tiempo real vean los productos que se están vendiendo (ya que los meseros, por ejemplo, hacen el pedido por las tabletas, evidentemente con cruce de información con el franquiciante), por lo que el mismo programa indicará el *stock* de cada insumo y cuando van a hacer la fiscalización debería cuadrar a perfección con el inventario en el local del *stock* que tienen.

3.21. Cesión de la posición contractual

En los contratos de franquicia se suele colocar que está prohibida la cesión de posición contractual al ser un tipo de contrato personalísimo, ya que la elección del franquiciado ha sido el paso de varias evaluaciones y entrevistas que arrojaron la confianza en él.

El Código Civil regula de forma clara qué se entiende por cesión de posición contractual:

Artículo 1435.- En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

Si la conformidad del cedido hubiera sido prestada previamente al acuerdo entre cedente y cesionario, el contrato solo tendrá efectos desde que dicho acuerdo haya sido comunicado al cedido por escrito de fecha cierta.

Es importante recordar las palabras del profesor Manuel de la Puente al respecto:

Conviene, pues, denominar propiamente el contrato, ya que no se trata de la cesión de un contrato, que al crear la relación jurídica a que estaba destinado, cesó de existir como contrato, sino que la posición de la parte en la relación jurídica creada por el contrato, por lo cual más propiamente debe ser denominado cesión de posición contractual.⁶⁰

Como ya se ha indicado, es un proceso muy estricto el designar a un postulante como franquiciado, porque puede haber varios empresarios con dinero, pero eso no es todo, ya que se debe poner en mano de ese tercero el prestigio de la propia marca. Es por ello que el control de calidad de selección es muy intenso.

Este tipo de contrato no es como un simple arrendamiento en que se puede realizar una cesión de la posición contractual y probablemente no se sentirá efecto negativo alguno, ya que sigue siendo lineal la prestación y no estaría en juego el prestigio del arrendador. Pero incluso en el arrendamiento, como en cualquier otro contrato, si se quiere ceder la posición contractual, se debería contar con el consentimiento de la contraparte que permanecerá en la relación contractual. No sería lógico que el franquiciado decida realizar una cesión de posición contractual sin avisar al franquiciante y que esta negociación sea interna entre ellos, o

⁶⁰ DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Tomo II. Lima: Editorial Cuzco, 1983, p. 57.

que sea solo pantalla la presencia del franquiciado, para reuniones o hechos aislados para que el franquiciante no crea que pasa algo raro. Claro está que la contabilidad tendría que mantenerse para que sea muy llamativo el cambio de personal clave, además se tendría que sustentar el cambio del mismo, ya que en los contratos se suelen condicionar al franquiciado que avise previamente al franquiciante el motivo del cambio del personal clave o del contador y/o administrador.

Esa actitud temeraria, al ser detectada por varias opciones como solicitar cuentas bancarias donde debería ingresar las ganancias, etc., dejaría expedito al franquiciante a cursar una carta de realización de descargos frente a esos hallazgos y sería probablemente un apercibimiento de resolución contractual. Con o sin ella, es posible que se proceda con la resolución inmediata del contrato, la aplicación de las penalidades, ejecución de garantías y, sobre todo, la aplicación de indemnización por daños y perjuicios, aparte de ordenar el cese inmediato de las actividades, etc.

Ante la negativa del franquiciado a realizar los pagos antes señalados se dará inicio a un arbitraje para que el tribunal ordene el pago de todos esos conceptos y, si se llega a probar lo alegado, es casi seguro que tendrá un proceso a su favor y el franquiciado debería asumir dichos pagos.

El tema radicaría en que la empresa que operó en reemplazo (sin autorización del franquiciante) tendría que tomar acciones legales contra el franquiciado, pero ya quedaría en ella si hubo o no mala fe en esa negociación y el comportamiento fue con intención, ya que dependiendo de ello podría ser beneficiado del proceso, pero también podría perder, porque al celebrar un contrato contraviniendo un contrato previo y ánimo de engañar al franquiciante, es probable que se declare infundadas todas las pretensiones.

3.22. Error de colocar un centro de arbitraje no competente

El elegir un convenio arbitral correcto, donde se coloque la mayor confianza a un centro de arbitraje de prestigio, garantizará que se lleve el proceso de forma idónea y buscando un laudo arbitral sin deficiencias.

Es importante verificar al respecto lo que regula el Decreto Legislativo n.º 1071 sobre tipos de arbitraje:

Artículo 7.- Arbitraje *ad hoc* e institucional

1. El arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Como se indicó, se recomienda en este tipo de arbitrajes que sea institucional, ya que el *ad hoc* no garantiza mayor seguridad a las partes, sino en el institucional y en los centros más reconocidos se tendrá al menos algo de confianza en los conocimientos del árbitro y la gestión del centro.

Ahora, hay centros de arbitrajes que tienen limitaciones según su competencia, como la especialización de materia, territorio y, sobre todo, cuantía.

Cuando hablamos de elegir un centro de arbitraje, algunas veces se elige sin que sepan si ese centro cuenta con alguna limitación o no, con lo que al momento de acudir a arbitraje se darán cuenta de que no se podrá desarrollar en ese centro, por lo que será rechazada la solicitud o, de ser admitida, se interpondrá oposición al mismo y, de ser el caso, una

excepción por incompetencia del árbitro, por lo que solución muy improbable sería celebrar una adenda y corregir ese error del centro de arbitraje, pero poco probable que alguien que está siendo demandado acepte corregir ese error para que recién se le demande conforme a la norma.

Podremos citar el ejemplo que si las dos partes colocaron en el contrato de franquicia el convenio arbitral señalando que cualquier controversia se resolverá conforme el Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú», aunque parecería algo muy raro, ha ocurrido en algunos casos, ya que por algún medio pudieron escuchar que los honorarios arbitrales son muy bajos a diferencia de otro centro de arbitraje de prestigio y por ello lo colocaron.

Para corroborar lo indicado es importante verificar el estatuto del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia que regula:

Artículo 4.- De la finalidad

El Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú» tiene como finalidad tramitar las controversias que se sometan a su jurisdicción derivadas del derecho de propiedad, posesión, de los derechos y obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual y toda clase de controversias de libre disposición que las partes decidan acordar, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) UIT.

El problema radica cuando nace la controversia y se discute una resolución contractual por falta de pago de regalías, aplicación de penalidades y la indemnización por daños y perjuicios que ascienden como a S/ 300 000 (cabe indicar que en estas controversias los montos siempre son altos por conceptos de penalidades y de indemnización), y decidieron acudir a Arbitra Perú.

Ahora, dicho centro de arbitraje rechazará la solicitud de arbitraje, ya que ellos son competentes únicamente para controversias que no superen las 20 UIT del año de solicitud.

Como se planteó el caso, si la cuantía de la controversia es de S/ 300 000, es casi el triple del valor máximo permitido como competencia por cuantía por ese centro de arbitraje, por lo que no podrá desarrollar el caso, estando impedido para ello podría terminar en una anulación del laudo arbitral, por más que haya sido debidamente motivado, pero no era competente el centro y menos el árbitro.

Con esas deficiencias la solución será muy complicada, ya que podría convertirse, como se indicó, en un arbitraje *ad hoc*, salvo que dicho convenio arbitral otorgue la posibilidad de elegir algún otro centro de arbitraje.

3.23. Incumplimiento de obligaciones fiscales y laborales

El franquiciante tiene que cuidar su prestigio frente a terceros y en el mercado, y tendrá que evitar que ocurran hechos que mengüen su prestigio por temas que pudieron ser resueltos en su momento.

Estamos hablando que es una obligación del franquiciado estar al día en materia fiscal, o sea que dicha empresa se encuentre con todas las declaraciones juradas de impuestos y los pagos respectivos a la Sunat, ya que esta entidad podría causar un daño considerable porque embargaría cuentas, bienes, e incluso en sus supervisores estaría dañando la imagen de la empresa.

Comentario interesante se encuentra en la Guía de Unidroit sobre materia fiscal y doble imposición:

El contrato debería precisar el modo en que se tratará y caracterizará a los pagos a fines fiscales tanto en el país del franquiciador como en el

país anfitrión. De ningún modo es seguro que la cuota inicial sea considerada libre de retenciones impositivas por las autoridades fiscales del país del pago. El franquiciador podría, por lo tanto, encontrarse con que la cuota inicial está sujeta a retención. Además, debería examinarse la definición de «pagos de regalías». Todo tratado de doble imposición debería tenerse en consideración para asegurarse que el franquiciador puede, si así lo desea, recibir pagos libres de retención. El acuerdo debería permitir al franquiciador obtener el beneficio de cualquier tratado de doble imposición asegurando que la prueba de pago en el país anfitrión se proporciona en la forma exigida para reclamar la exención. Cualquier tratado de doble imposición aplicable debería examinarse para su efecto completo sobre las consecuencias fiscales de la transacción y sobre el modo en que se estructura. Los franquiciados deberían tratar de evitar ser gravados fiscalmente más de una vez por cada pago. Otro riesgo que el franquiciador puede correr es que el pago de cuotas de franquicia puede ser considerado por el derecho del país anfitrión como una actividad de negocios del franquiciador en ese país.⁶¹

Del mismo modo, es importante velar por el cumplimiento del pago a los trabajadores y que estos se encuentren en su totalidad en la planilla del franquiciado, porque hay empresas que suelen contratar por recibo por honorarios para evitar el pago de los beneficios sociales, cosa que en las empresas franquiciadas está prohibida, porque no se puede correr el riesgo de inspecciones por la Sunafil u otras entidades, que podrían imponer multas y, sobre todo, hacer viral o público que dicha franquicia explota a sus trabajadores y no paga sus beneficios sociales, etc., donde, evidentemente, perjudicará el prestigio de la marca.

Sobre la materia laboral, la Unidroit en su guía indica:

La cuestión de la aplicabilidad de la legislación laboral a la relación de franquicia ha sido estudiada en particular en países donde la regulación de las relaciones laborales está altamente desarrollada, como, por ejemplo, Alemania y Suecia. Las diferentes cuestiones implicadas incluyen: «la relación entre el franquiciador y el franquiciado»; «la relación (si hay al-

⁶¹ UNIDROIT. *Op. cit.*, p. 61.

guna) entre el franquiciador y los empleados del franquiciado, por ejemplo, cuando el franquiciador conserva el derecho a aprobar los empleados del franquiciado»; y «la posición de los empleados del franquiciado en el sistema de franquicia, que incluye cuestiones tales como el derecho de los empleados a ser consultados sobre importantes decisiones comerciales». ⁶²

3.24. Cierre de instalaciones del arrendador

Las franquicias, en especial las de comida, trabajan con consultores de franquicias que les ayudan conseguir un local dentro de un centro comercial reconocido a nivel local y, de ser el caso, nacional.

El conseguir un local en un centro comercial es complicado, porque hay muchas empresas que buscan ese sitio por mucho tiempo, es por ello que ahí es donde pesan los contactos y el prestigio de la marca para gestionar el arrendamiento de un local o *stand*.

Los franquiciados saben que estar en un centro comercial es más caro por los diversos pagos que se realizan, a diferencia de arrendar un local en la calle, pero siempre el local dentro de un centro comercial concurrido tendrá una gran parte de clientes y también otorga seguridad al local por parte del centro comercial por sus cámaras y trabajadores.

Ahora, imaginemos que después de la inversión alta que hace el franquiciado con la franquicia y en el local dentro del centro comercial ocurriera un hecho fortuito o no como el colapso del techo (de madrugada, sin vidas en peligro), inundación de los locales, etc., o sea que haya quedado descubierto que ese centro comercial no contaba con los estándares mínimos de ingeniería para la seguridad a todas las personas que se encuentren dentro del recinto. Eso hará que esa empresa deje de atender de forma total por el tiempo que sea necesario.

⁶² *Idem*, pp. 268-269.

Pero ahora la caída del techo, ese daño a los mobiliarios de las franquicias ahí alrededor, el liberar escombros, limpieza y reconstrucción de esa zona podría tardar un plazo de un mes como mínimo, más aún si la estructura es pesada.

Lo mismo sucedería si antes que el propio centro comercial, con toda la responsabilidad no decide cerrar temporalmente su recinto, la autoridad municipal y demás entidades del Estado intervienen de plano, mediante impulso de oficio, supervisan y clausuran dicho recinto hasta que se levanten todas las irregularidades encontradas, por lo que no habrá atención en todo el centro comercial por la duración de la medida estatal.

En cualquiera de esos casos, o de otros, si nos damos cuenta, los perjudicados directos son los franquiciados, ya que su inversión se verá afectada considerablemente, pues igual tendrán que tributar, pagar a sus trabajadores, pagar a sus proveedores y tendrán pérdidas —si son de los afectados directos— de su mobiliario y/o comida por perecer.

Como se explicó, esos gastos elevados donde solo habrá egresos y no ingresos económicos podrían causar pérdidas irreparables para dichas empresas, más aún si son de las pequeñas que no cuentan con apalancamiento para aguantar dichas pérdidas hasta que se reinicien las operaciones.

Es muy probable que el centro comercial suspenda el cobro de arrendamiento al arrendatario por todo el tiempo que no ha podido trabajar por responsabilidad del arrendador, ya que sin ello ahí sí estaríamos frente a un gran abuso de derecho y se podría demandar según la solución de controversia que se haya pactado en dicho contrato.

El franquiciante tiene que dar todas las facilidades al franquiciado para los pagos que le correspondería, y es más, lo más recomendable

sería descontar un monto o renunciar a un mes de ganancias o proporcional, para que al menos el franquiciado pueda cubrir los gastos de personal y de insumos que se tuvo que pagar sin trabajar por causas no imputables a él.

Se ha desarrollado las causales más comunes de inicio de arbitrajes en franquicias, ya que todo dependerá del tipo de contrato, franquiciante y franquiciado y localidad o situación actual.

Hay franquiciantes que solo buscarán conseguir dinero a como dé lugar sin interesar si el contrato es abusivo o prestarle la capacitación y asistencia que debería con el franquiciado.

Del mismo modo, hay franquiciados que no siguen la simple obligación de cumplir con los manuales, instrucciones y capacitaciones, incluso algunos proceden a tratar de engañar al franquiciado incurriendo en infracciones o delitos.

Sobre la localidad nos referimos que a pesar de que el franquiciado cumpla a perfección todo lo indicado, manuales, capacitaciones, la franquicia puede fracasar, ya que el aspecto idiosincrático podría afectar gravemente al negocio, como el de una empresa que vende “churros” a un precio aproximado de cuatro soles por cada churro relleno, que ha tenido un éxito rotundo en varios centros comerciales de Lima, como el Jockey, Real Plaza San Miguel, etc., pero cuando acude a un centro comercial de Lima Norte no tiene las ventas deseadas y termina cerrando, con pérdidas del franquiciado, por lo que el franquiciante hizo un estudio de mercado y trató de averiguar el motivo del fracaso, y se llegó a la conclusión que muchos consumidores preferían pagar un sol por un churro fuera del local o en coches dentro del centro que pagar más de cuatro soles por solo uno, a pesar de que ese centro es uno que genera mayores ingresos en todo el Perú. Es por ello que siempre será un negocio incierto sujeto a la idiosincrasia de los locales y consumidores de la zona.

4. CASOS DE ARBITRAJES DE FRANQUICIAS

En este punto no se puede mencionar muchos casos sobre la materia, ya que por la confidencialidad se hace complicado conseguir mayor información sobre casos que se desarrollen en el país e incluso en el mundo.

En Europa hubo, en 1997, un caso muy interesante de arbitraje en franquicias, el caso de McDonald's Corporation con un franquiciado en Reino Unido, ya que este indicó que el franquiciante incumplió las condiciones contractuales, imponiéndole de forma desleal condiciones que afectaron gravemente la capacidad económica de la empresa, como fue el restringirle, de una supuesta forma abusiva, algunos de los productos del franquiciante.

Pero el franquiciante alegó en su defensa que el franquiciado no respetó los manuales ni los estándares de calidad tanto en los productos como en la prestación de los servicios, afectando la imagen de la marca.

Es muy importante señalar que a pesar de que este es uno de los casos más importantes de arbitraje en franquicias, se mantuvo con la confidencialidad por excelencia y que por ello no se divulgó ninguna información sobre el laudo arbitral, y fue reservado en todo momento, hasta el punto que el franquiciado estaba prohibido de divulgar cualquier información sobre el caso, además de que este caso fue uno de los primeros en resolverse mediante arbitraje en contratos de franquicia, demostrando que sí funciona este medio de solución de controversias y se mantiene la reserva al día de hoy.

Ahora, en el Perú se divulgó levemente un laudo de arbitraje en franquicias sobre una cadena de pollo frito con un franquiciado, donde este último demandó al franquiciante sobre el abuso en el cobro de los

costos de operación y que las políticas de precios afectaban considerablemente al franquiciado, pudiéndose convertir en irreversible y posible quiebre de la misma.

Lo que se sabe al respecto es que el tribunal arbitral resolvió a favor del franquiciante, ya que al tener la posición contractual y determinación de las mismas contaba con esa facultad, pero de forma interesante señaló que se ajustaron las condiciones de operación de costos que fueron debidamente acordado por las partes.

Otro caso mediático es uno en Brasil del 2013, cuando un franquiciado demandó al Burger King, ya que esta última no cumplió con las condiciones contractuales, sobre todo del derecho de exclusiva territorial y las condiciones de renovación del plazo contractual, además del perjuicio económico que ocasionó el franquiciante al no respetar el territorio y convertir ese negocio en un tipo de canibalismo empresarial entre diferentes empresas, pero de la misma marca.

Al respecto, se conoce que en el laudo arbitral el franquiciante fue favorecido y señaló que el franquiciado no cumplió con sus obligaciones contractuales, pero de forma superficial mencionó la importancia de los derechos territoriales y de expansión de la misma.

Hay casos interesantes como el ocurrido en Estados Unidos con el franquiciante Little Caesar Enterprises, Inc. en contra de Gary Smith, donde se emitió un laudo arbitral donde se ordenaba al franquiciado el pago de los daños y perjuicios al franquiciante Little Caesar por su actuar de mala fe y, sobre todo, porque violó el acuerdo de franquicia, un caso muy parecido pasó en Canadá con la demanda del franquiciante Fairview Donut Inc. en contra de The TDL Group Corp., donde se tuvo un laudo arbitral que ordenó una indemnización por daños y perjuicios por la violación de los acuerdos de franquicia.

Como sabemos, los arbitrajes en el Perú son confidenciales, la Cámara de Comercio de Lima ha tenido varios casos al respecto y, hasta donde se sabe, los franquiciantes fueron favorecidos en los laudos arbitrales con indemnizaciones por daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales.

Como se puede ver, la información es escasa, pero con la experiencia que se tiene, en la gran mayoría de casos, el franquiciante siempre será el favorecido en los arbitrajes, porque el franquiciado recién durante la ejecución del contrato se da cuenta de las deficiencias del mismo, del abuso de muchas cláusulas o de lo difícil que será ganar un proceso arbitral, porque no le parece justo el contrato que celebró válidamente, y a ello hay que sumarle que el árbitro es especialista en la materia, por lo que con ese tipo de cuestionamientos será muy difícil ganar, salvo que se demuestre y pruebe que existió incumplimiento por parte del franquiciante a diferentes obligaciones que ocasionaron perjuicio en la empresa.

4.1. Laudos arbitrales

En esta parte se expone algunos laudos completos a los que tuvimos acceso a sobre arbitraje en franquicias.

Caso 1

Institución arbitral: Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Expediente: Caso Arbitral n.º 22917/JPA

Materia: Incumplimiento de obligaciones contractuales

Partes

Demandante: Izo Corporate

Demandado: Social Tech S. R. L.

Este laudo fue emitido el 14 de abril de 2018, por el contrato de franquicias celebrado entre Izo Corporate con Socialtech S. R. L.

El franquiciado cometió incumplimiento de obligaciones y, como consecuencia, se produjo la resolución contractual de franquicia.

Dentro de las decisiones del laudo se encuentra:

- Ordenar el pago de €/ . 98 969,53 por facturas impagas más el interés correspondiente.
- Ordenar el pago de €/ . 120 000 por el pago de la penalidad por incumplimiento de la cláusula de no competencia poscontractual, más el interés.
- Ordenar el pago de los gastos administrativos del arbitraje y honorarios del árbitro único, que ascendieron a US\$ 40 000.
- Ordenar el pago de honorarios de abogados ascendente a €/ . 20 000.

El franquiciado tuvo un laudo en contra debido a que no cumplió con la obligación contractual de «no competencia poscontractual» y que a pesar de que el franquiciante resolvió el contrato, el franquiciado continuó desarrollando la misma actividad en el local donde se efectuó las actividades de la franquicia.

Lo interesante del caso es que el franquiciado argumenta que se tiene que respetar la normativa de la Unión Europea y que dicha norma determina que sí se debe dar la libre competencia en el mercado interior, por lo que no se le debe aplicar penalidad alguna sobre dicha cláusula de no competencia, con lo que vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, principio de legalidad y seguridad jurídica. Cabe como comentario que su propuesta es muy interesante, ya que la misma Constitución Política del Perú protege la libre competencia y la fomenta, pero se tiene que analizar a fondo el alcance, o sea, de lo regulado en la norma y en las condiciones contractuales, cosa que pretendió desconocer arguyendo que la norma lo amparaba, y así quería librarse de las penalidades correspondientes.

El árbitro único entendió que la competencia solo se aplica en la propia Unión Europea y que, sin perjuicio de ello, se probó que sí hubo actividades poscontractuales, por lo que declara válida la aplicación de la penalidad, además que se condicionó al contrato.

Con lo que nos demuestra que, al igual que en el Poder Judicial, se tienen que aplicar las cláusulas contractuales y la autoridad arbitral tiene que resolver conforme a lo que las partes hayan pactado y si se incumplió una, aplicar lo referente a la sanción correspondiente, y en el arbitraje, sobre todo en franquicias, muchas son internacionales, por lo que se tiene que evaluar la legislación aplicable al caso, por más que las partes sean o no del país de la legislación, e incluso en algunos casos, la norma no es la misma que la del país donde se desarrolla la franquicia.

Este caso, nos da el punto de vista de una estrategia netamente legal para librarse de sanciones por incumplimientos del contrato, tratar de usar a favor la norma, pero con una interpretación errónea hasta cierto punto, por lo que sí es factible sancionar contractualmente a los franquiciados siempre y cuando pretendan incumplir el contrato, y sobre todo, que en el propio contrato se determinó la no competencia por este

mismo hecho, a lo que el franquiciado trató de restar importancia, desnaturalizando el contrato.

Caso 2

Institución: Cámara de Comercio de Bogotá

Expediente: sin número

Materia: Reconocimiento de contrato

Partes

Demandante: Inversiones y Representaciones Gor E. U.

Demandado: Eventos Sociales y Empresariales Ltda.

El tribunal arbitral emitió el laudo el 10 de diciembre de 2010, sobre la franquicia y, por ende, se estableció en el contrato comercial, el uso y explotación de la marca registrada «Picardías» en el sistema de franquicia máster tipo tiendas para Colombia el 13 de junio de 2009, donde en dicho contrato obra la cláusula compromisoria ante la Cámara de Comercio de Bogotá y con árbitro único, entre otras disposiciones.

El demandante solicitó en su demanda que se declare que la demandada suscribió el contrato y que, por ende, se declare que sí existió el contrato de franquicia máster de las tiendas Picardías para la explotación y uso de la marca, explotación comercial, desarrollo e implementación y la distribución de los productos de la franquicia por el plazo de 10 años.

Que se declare que el demandado incumplió con el contrato y que, por ende, pague por los daños y perjuicios, mientras el demandado se opuso a esos argumentos indicando que fue ilegal la resolución contractual por la inexistencia de incumplimiento y no existe perjuicio alguno,

por lo que formuló reconvención solicitando que el demandante incumplió el contrato por no hacer entrega de los manuales respectivos, *know how*, entre otros.

Dentro del laudo emitido el 10 de diciembre de 2010 se desarrolló la existencia del contrato, primero por los antecedentes de actividades de la empresa como su experiencia como franquiciante y, además, que sí se le otorgó dichos derechos para abrir y ejecutar sus actividades; y el árbitro resolvió que la mal llamada franquicia máster por las partes no fue tal, sino que fue licencia de franquicias y no con esa determinación, además que demostró que no hubo incumplimiento de obligaciones por parte del demandado, ya que algunos de los contratos aún se encontraban cumpliendo.

Un dato relevante es que la reconvención pidió que se declare incumplido el contrato, pues en este se indicó que el franquiciante tiene el registro de la marca en las clases que corresponden como mínimo la 35, y se demostró que no lo tenía registrado, sino únicamente en la 41 de clasificación de Niza, pero el árbitro determinó que ello no significa que sea un incumplimiento de obligación del contrato, ya que no generó daño ni causó perjuicio.

Dicho laudo nos deja en claro que un arbitraje de franquicias no es solo demandar con lo que se dice en el contrato, sino que se tiene que analizar el desarrollo del mismo, lo que realmente sucede en los hechos para aplicar en el contrato como la interpretación contractual, verificar los plazos y requisitos de las obligaciones, y saber diferenciar cuáles son obligaciones esenciales y no esenciales.

Caso 3

Institución: Cámara de Comercio de Medellín

Expediente: sin número

Materia: Incumplimiento de contrato

Partes

Demandante: Alba Lucía Ballesteros Bedolla y otro

Demandado: Lavacars Móvil S. A. S.

El franquiciado demandó al franquiciante que incumplió el contrato 1 y el contrato 2 de locales ubicados en diferentes lugares; que el árbitro declare la terminación anticipada del contrato de franquicia 2; que asuma el pago por los daños y perjuicios causados; que el franquiciante se reubique en otro punto en fechas determinadas, y de no ser posible proceda a reconocer y cancelar a su favor un monto expresado en pesos, por concepto de lucro cesante.

El laudo emitido el 5 de marzo de 2015 indicó sobre la primera pretensión que el franquiciante terminó el contrato de forma anticipada con lo que llevó a un incumplimiento contractual, pero en la segunda pretensión, por sustracción de materia, no desarrolló más ya que era un hecho cumplido y no ameritaba pronunciamiento.

Señaló que en el primer contrato que el demandado no lo incumplió, ya que al darlo por terminado de forma unilateral el demandante seguía explotándolo económicamente a pesar de estar vencido o terminado, cosa que en el segundo contrato sí hubo incumplimiento, por lo que apreciaron que sí hubo perjuicio y ordenaron el pago por daños y perjuicios.

En este proceso se pudo valorar que es importante el medio probatorio y que no se deben realizar pretensiones que puedan ser contradictorias, porque podrían convertirse en inejecutables o de doble filo al momento de laudar al resultar perjudicial o menos favorable.

CONCLUSIONES

1. Las franquicias son un modelo de negocio que radica en replicar exactamente la forma de llevar el negocio del franquiciante. Su éxito ha pasado por muchos inconvenientes y pérdidas que durante años han estado corrigiendo y mejorando hasta llegar al punto que tiene estabilidad constante y con una fama en el mercado que podría decir que aseguraría cierto éxito, a pesar de que siempre hay que estar al tanto que, por temas exógenos, culturales o idiosincráticos, puede variar el resultado.
2. El franquiciado tiene que respetar todos los manuales y las instrucciones que se le impongan, ya que en esos documentos se encuentra la forma que dicho negocio tenga relativo éxito. Y es así que se debe cumplir con todas las obligaciones que se encuentren en el contrato, y sujeto a penalidades, indemnización por daños y perjuicios, etc., frente a cualquier incumplimiento contractual por parte del franquiciado.
3. Cuando el franquiciado incurre en incumplimiento de obligaciones contractuales se recurre a medios alternativos de solución de controversias, entre los más comunes dentro de los contratos de franquicia se tiene la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, según el país donde se realice y la decisión del franquiciante en la imposición de la cláusula de solución de controversias.
4. La solución más común ante las controversias en franquicias es el arbitraje, según la regulación nacional mediante el Decreto Legislativo n.º 1071, o los reglamentos de arbitraje de los diversos centros en el país e incluso si es internacional, según la legislación

y reglamento del país donde se lleve el arbitraje, ya que cuenta con especialistas que van a garantizar la solución de la controversia de forma idónea y célere.

5. Cuando el franquiciado incumple sus obligaciones se tiene que verificar cuál de las causales y las consecuencias de ello, para evaluar si procede apercibir a resolver o cursarle una amonestación previa, además de verificar si algunos de esos hechos se encuentran inmersos en aplicación de penalidades o no, ya que si al aplicar una penalidad el franquiciado se niega al pago, pueden suceder dos cosas: se le cobrará ese monto de la garantía, o demandar en arbitraje, posteriormente.
6. Si el franquiciante resuelve el contrato, es casi seguro que ello conlleve penalidades y, de ser el caso, indemnización por los daños ocasionados, e incluso podría calzar montos pendientes de pago. Todos esos conceptos serán llevados a arbitraje para que se busque mediante un laudo arbitral la orden del pago a favor del franquiciante.
7. Recordemos que en el contrato de franquicia, el que tiene el mayor poder negocial y contractual es el franquiciante y que, por ende, existen varias cláusulas a favor de él y que el franquiciado tiende a tener un papel más débil y sujeto fácilmente a penalidades. Es por ello que a pesar de ser un contrato de adhesión, será difícil negociar algunas de las cláusulas, por lo que convendría llevar una relación idónea entre las partes y, por ahí, buscar celebrar una adenda para nivelar un poco la relación contractual o, al menos, volver menos sancionador al franquiciante.
8. El arbitraje es más rápido que el Poder Judicial. Además, elegir un centro de arbitraje reconocido garantiza un proceso célere y correcto.

9. El deterioro de la imagen o daño del prestigio de la marca por lo general conllevará una indemnización que cubra los daños y perjuicios que sufra el franquiciante.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE VIDAURRE, Walter. «El contrato de franquicia: multiplicador de negocios exitosos». En *Revista de Actualidad Mercantil* n.º 3, 2014. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/13573>

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Contratos modernos*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.

ARREDONDO, Ricardo. «La negociación como método de solución de controversias internacionales». En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* n.º 1, noviembre de 2019.

ASOCIACIÓN MEXICANA DE FRANQUICIAS. *¿Qué es una franquicia y cómo funciona? Lo que tienes que saber*. <https://amfranquicias.mx/que-es-una-franquicia-y-como-funciona-todo-lo-que-tienes-que-saber/>

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones civiles*. México D. F.: Oxford, 2010.

BONIVENTO, José Armando. *Contratos mercantiles de intermediación*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1999.

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1983.

BURGOS PAVÓN, Gonzalo y FERNÁNDEZ IGLESIAS, María Susana. *La franquicia: tratado práctico y jurídico*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2014.

CAIVANO, Roque J. «Arbitrabilidad y orden público». En *Foro Jurídico* n.º 12, 2013, pp. 62-78.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>.

CALKINS LAW FIRM. *The Importance of Non-Disclosure Agreements in Business Collaborations*.

<https://calkinslawfirm.com/the-importance-of-non-disclosure-agreements-in-business-collaborations/>

CEBRIÁN SALVAT, María Asunción. *Contratos internacionales de franquicia: competencia judicial internacional y ley aplicable en la Unión Europea*. Tesis doctoral de Derecho de la Universidad de Murcia. Murcia: 2017.

COMISIÓN EUROPEA. *Decisión n.º 88/604/CEE de la Comisión de 14 de noviembre de 1988 relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, Service Master*, DO L 332 de 3 diciembre 1988. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:31988D0604>

COMISIÓN EUROPEA. *Reglamento (CEE) n.º 4087/88 de la Comisión de 30 de noviembre de 1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia*; DO L 359 de 28.12.1988, p. 46/52.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1988-81524>

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. *Decisión 291, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías en la Comunidad Andina*.

<https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC291.pdf>

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. *Decisión 351, Norma del Régimen Común de los Derechos de Autor y Conexos en la Comunidad Andina*.

<https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC351.pdf>

CREMADES, Bernardo M. «Del convenio arbitral y sus efectos». En DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2011.

DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*. Tomo II. Lima: Editorial Cuzco, 1983.

DRELICHMAN ABOGADOS. *Franquicia, todo lo que necesitas saber*. <https://www.drelichmanabogados.com/post/franquicia-todo-lo-que-necesitas-saber>

ECHANDÍA MORENO, Tania Miluska. *La calidad de cosa juzgada en los laudos arbitrales y su importancia en la resolución de controversias en el Régimen de Contrataciones del Estado*. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021.

<https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/86403859-15ff-4d64-adc8-7164e56f6d06/content>

ETO BARDALES, Gerardo. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en la Ley de arbitraje peruana». En *Derecho & Sociedad* n.º 55, 2020.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/23260>

FARINA, Juan María. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

FEHER TOCATLI, Ferenz y GALLASTEGUI, Juan Manuel. *Las franquicias, un efecto de la globalización. 100 preguntas 100 respuestas*. México, D.F.: McGraw-Hill, 2001.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César Aníbal. «Los contratos masivos en el tráfico comercial económico». En *Lumen* n.º 9, 2013.

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/508>

FRIEDMAN, Jack P. *Dictionary of Business Terms*. New York: Barron's Educational Series, 1994.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura. «Los contratos de franquicia internacional». En *Revista de Derecho Mercantil* n.º 275, 2010, pp. 249-281.

GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 1998.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004.

GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1998.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina. «Arbitraje». En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, Lima, 2011.

HOLLANDER, Pascal. «Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale». En HOLLANDER, Pascal (director). *Le droit de la distribution*. Lieja: Anthemis, 2009.

INDECOPI. *Código Civil del Perú*.

<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/3462305-codigo-civil>

INDECOPI. *Decisión 486, Norma del Régimen Común de la Propiedad Industrial en la Comunidad Andina*.

<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/normas-legales/1683529-486-can>

LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. *El contrato de franquicia internacional*. Bogotá: Temis, 2008.

MARAVÍ CONTRERAS, Alfredo. «Introducción al derecho de las marcas y otros signos distintivos». En *Foro Jurídico* n.º 13, 2014, pp. 58-68. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13774>.

MATALLANA RUIZ, Roberto. «La conciliación laboral: examen de su funcionalidad como sistema de resolución de conflictos». En *Themis* n.º 75, 2019. https://www.researchgate.net/publication/346830455_La_conciliacion_laboral_Examen_de_su_funcionalidad_como_sistema_de_resolucion_de_conflictos

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Reflexiones sobre la independencia e imparcialidad del árbitro». En *Advocatus* n.º 32, 2015, pp. 93-100. <https://doi.org/10.26439/advocatus2015.n032.4386>

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1952.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). *¿Qué es arbitraje?* <https://www.wipo.int/amc/es/arbitration/what-is-arb.html>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). *Solución alternativa de controversias*. <https://www.wipo.int/amc/es/>

OSCE. *Decreto Legislativo n.º 1071, Ley General de Arbitraje*. <https://www.gob.pe/institucion/oece/normas-legales/308659-1071>

OSCE. *Opinión n.º 046-2020/DTN*.

<https://www.gob.pe/institucion/oece/informes-publicaciones/828323-opinion-n-046-020-dtn>

OSTERLING PARODI, Felipe. *Las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Biblioteca para Leer el Código Civil, volumen VI, 1988.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de derecho de las obligaciones*. Lima: Palestra, 2008.

PACHÓN, Manuel y SÁNCHEZ ÁVILA, Zoraida. *El régimen andino de la propiedad industrial*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

PÉREZ MARTELL, Rosa. *El arbitraje en el contrato de franquicia*. Madrid: Djusa, 2006.

PERROTA, Salvador y COUSO, Juan Carlos. «Contrato de distribución». En *Contratos de Empresa, II Jornadas Rioplatenses de Derecho*, s/f.

PODETTI, Humberto Antonio. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *La Constitución Política del Perú*.

<https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Decreto Legislativo 662, Ley que trata la estabilidad jurídica para la inversión extranjera en Perú*.

<https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1441654-662>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Decreto Legislativo n.º 1075. Decreto Legislativo que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486*

de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1660155-1075>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Decreto Legislativo n.º 822. Ley sobre el Derecho de Autor*. <https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/1670023-822>

SORIA AGUILAR, Alfredo y OSTERLING LETTS, Madeleine. *Contratos modernos*. Lima: UPC, 2014.

SOTO COÁGUILA, Carlos Alberto. «El *pacta sunt servanda* y la revisión del contrato». En: *Iuris Consulto* n.º 1, 2008.

STUMPF, Herbert. *El contrato de know how*. Bogotá: Temis, 1984.

TALAVERA CANO, Andrés. «Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales». En *Ius Et Veritas* vol. 24, n.º 52, 2016, pp. 194-201.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16379>

TALERO RUEDA, Santiago. «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: perspectivas en la nueva ley peruana de arbitraje». En *Lima Arbitration* n.º 4, 2010.

TORRES, Anibal. *Teoría general del contrato*. Lima: Instituto Pacífico, 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Exp. n.º 00728-2008-PHC/TC (caso Llamuja y derecho a la debida motivación)*.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>

UNIDROIT. *Guía para los Acuerdos de Franquicia Principal Internacional de Unidroit*, Roma, 2005.

<https://www.unidroit.org/spanish/guides/1998franchising/franchising-guide-s.pdf>

VERA CACHO, Giusseppe. «Consideraciones generales acerca del arbitraje». En *Ius Et Praxis* n.º 44, 2013, pp. 15-38.

http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/73

VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al derecho mercantil*. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, vigesimotercera edición.

WAUTELET, Patrick. «Le contrat de franchise – aspects internationaux». En *Revue Droit International Privé -Tijdschrift voor Internationaal Privaatrecht*, vol. 10, n.º 2, 2011, pp. 102-139.

ARBITRAJE EN FRANQUICIAS
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
FEBRERO DEL 2026, CON FM SERVIGRAF E.I.R.L.
CALLE EL ALHELÍ 108-B DPTO. 201, SURQUILLO,
TELÉFONO: 774-9972
LIMA, PERÚ

