



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“Análisis Jurídico comparado del Franchising o Contrato de Franquicia en Estados Unidos, Unión Europea y América Latina”

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de “Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas”

Autor: Daniela Ochoa Pesantez

Director: Dr. Remigio Auquilla Lucero

Cuenca, Ecuador

2013-2014

DEDICATORIA

El presente trabajo va dirigido a mi familia por el inmenso apoyo, cariño y soporte que me han brindado en cada paso, esfuerzo y logro alcanzado a lo largo de mi carrera profesional.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las personas que me brindaron un apoyo en el transcurso de este proyecto. En primer lugar agradezco a quien fue mi Director de tesis, Dr. Remigio Auquilla, por su tiempo, su asistencia, aporte y guía.

Agradezco también a dos personas que fueron un pilar para lograr propagar mi esfuerzo día a día y culminar este trabajo. Gracias Esther Benajes Peláez y Cristina Pérez por su incondicional afecto y transmisión de energía y conocimiento.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|---|-----------|
| Dedicatoria..... | ii |
| Agradecimientos..... | iii |
| Índice de Contenidos..... | iv |
| Índice de Anexos..... | vi |
| Resumen..... | vii |
| Abstract..... | viii |
| Introducción..... | 9 |
| Capítulo I: Franchising o Contrato de Franquicia..... | 11 |
| 1. Introducción..... | 11 |
| 1.1.- Concepto..... | 12 |
| 1.2.- Origen y desarrollo..... | 16 |
| 1.3.- Función económica..... | 19 |
| 1.4.- Significación e importancia jurídica..... | 20 |
| 1.5.- Naturaleza jurídica..... | 23 |
| Capítulo II Proceso de Formación del contrato de franquicia – franchising..... | 26 |
| 2.- Elementos del Contrato de "Franchising"..... | 26 |
| 2.1- Derechos y Obligaciones de las Partes..... | 29 |
| 2.1.1. Obligaciones del Franquiciante..... | 29 |
| 2.1.2 Obligaciones del Franquiciado..... | 31 |
| 2.2- Formas o Tipos de Franquicia..... | 32 |
| 2.3- Plazo..... | 34 |
| 2.4- Remuneración..... | 36 |

| | |
|--|----|
| Capítulo III Franchising en el Derecho Comparado | 38 |
| 3.- Concepto de "Franchising" en la práctica mercantil de los Estados Unidos de América, Unión Europea y América Latina..... | 38 |
| 3.1.- Tratamiento y desarrollo de la Franquicia Comercial en los Estados Unidos. | 43 |
| 3.2.- Tratamiento y desarrollo de la Franquicia Comercial en el Derecho Europeo..... | 46 |
| 3.3 Tratamiento y desarrollo de la Franquicia Comercial en América Latina – Ecuador..... | 51 |
| Capítulo IV Legislación Aplicable | 56 |
| 4.1.- Responsabilidad entre las partes y frente a terceros por vicios o defectos del producto objeto de la franquicia..... | 56 |
| 4.2.- "Franchising" y ley de defensa de la competencia..... | 58 |
| 4.3.- Posibilidad de competencia desleal en el "franchising"..... | 59 |
| 4.4.- Rescisión del Contrato de Franquicia comercial. Efectos "..... | 60 |
| 4.5.- Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial..... | 64 |
| 4.6.- Métodos de Solución de Conflictos: Jurisdicción..... | 82 |
| 4.6.1 La Transacción..... | 85 |
| 4.6.2 La Mediación..... | 86 |
| 4.6.3 El Arbitraje..... | 86 |
| Conclusiones..... | 88 |
| Bibliografía Citada..... | 94 |
| Bibliografía Consultada..... | 94 |
| Referencias Legales..... | 95 |
| Bibliografía obtenida de publicaciones y artículos en sitios Web..... | 96 |
| Anexos..... | 98 |

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1 Modelo de Contrato de Franquicia..... 98

RESUMEN

El contrato de franquicia es un contrato que hoy en día representa una de las más modernas modalidades contractuales, que permite responder a la evolución de las relaciones socio-económicas y culturales, avance tecnológico, ampliación de los mercados así como las nuevas necesidades del tráfico mercantil, frente a las cuales, los contratos clásicos no prevén o resultan ya insuficientes. No existe unanimidad doctrinaria respecto de su concepto y naturaleza jurídica, pero la función económica que conlleva así como su importancia jurídica son aspectos evidentes.

Los antecedentes históricos y los hitos que determinaron su origen así como su regulación en los códigos modernos son considerados como punto de partida de este trabajo. Sin embargo, la estrecha relación que esta figura tiene con varias ramas del campo del derecho, como por ejemplo con el derecho civil, el derecho comercial o derecho mercantil, el derecho laboral, el derecho de propiedad intelectual y el derecho de la competencia, exige un análisis de los derechos y deberes de las partes, el contenido del contrato, la responsabilidad entre franquiciado y franquiciante, la situación del personal de la empresa franquiciada frente a la franquiciante y la de éste frente a sus competidores, considerando para ello, el aporte que brinda el derecho comparado, pues el ordenamiento jurídico en el sistema anglosajón difiere del sistema jurídico establecido en la Unión Europea y en América Latina, lo cual permite reflexionar sobre los puntos débiles y cambios que pudieran introducirse dentro de un contexto nacional, internacional y comunitario.

El contrato de Franquicia a pesar de ser un contrato atípico no deja de ser un factor clave en los negocios jurídicos dentro de la actividad mercantil, por lo que su tratamiento en el Ecuador merece especial atención. Con esta finalidad, la hipótesis de mi trabajo se basa en que el contrato de Franquicia, requiere en nuestro país de una regulación específica, pero además, por medio de argumentaciones expongo varios criterios referentes a la unificación legislativa del derecho privado (derecho civil y derecho mercantil), en materia de obligaciones, comparando los proyectos y legislaciones nacionales e internacionales unificadas en la materia, con el fin de que nuestra legislación se ajuste a las nuevas exigencias contemporáneas, ya que a lo largo de estos años se han producido dos fenómenos: la progresiva extensión del derecho mercantil y la mercantilización del derecho civil, fenómenos que tienen como presupuesto común la generalización de las instituciones jurídico-mercantiles y que se desarrollaran en forma exhaustiva.


ABSTRACT

Franchise agreement is a contract that in the present day represents one of the most modern contractual arrangements, aimed at responding to the changing of socio-economic and cultural relations, technological development, market expansion and new needs of the trade, against which, standard contracts do not envisage or are considered already insufficient. There is not unanimity about its doctrinal concept and legal nature, but the economic function involved and their legal importance are evident aspects.

The historical background and signposts that determined its origin and its regulation in the modern codes are considered as the starting point of this work. However, the close relationship that this figure has with several branches of the field of law such as civil law, commercial law or business law, labor law, intellectual property law and completion law, requires an analysis of the rights and obligations of parties, the content of the contract, the responsibility of franchisee and franchisor, the staffing situation of the franchised business against the franchisor and his responsibility with the competitors, taking into consideration the contribution that comparative law provides, so the common law system differs from the legal system established in the European Union and Latin America, which allow to mediate on the weaknesses and changes that might be made within a national, international and community context.

The franchise agreement, despite of being an atypical contract, remains being a main factor in the legal business within the commercial activity, so its treatment in Ecuador deserves special attention. In fact, the scope of the hypothesis of my work is based on the fact that the franchise agreement in our country requires a specific regulation, but also, through several criteria, I expose arguments concerning the legislative unification of private law (civil law and commercial law) inside of the obligation fields, comparing projects with national and international laws unified on the subject, so that our legislation submits with the new contemporary demands because during the last years there are two phenomena that have occurred: the progressive extension of commercial law and the commodification of civil law; phenomena which have in common the generalization of legal and commercial institution and their exhaustive development.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

Autor: Daniela Ochoa Pesantez

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de “Master en Asesoramiento Jurídico de Empresas”

Director: Dr. Remigio Auquilla Lucero

Diciembre, 2013

“ANÁLISIS JURÍDICO COMPARADO DEL FRANCHISING O CONTRATO DE FRANQUICIA EN ESTADOS UNIDOS, UNION EUROPEA Y AMÉRICA LATINA”

INTRODUCCION

El contrato de franquicia al ser un contrato complejo con una gran incidencia en múltiples disciplinas del derecho, tales como el derecho comercial o derecho mercantil, el industrial, el laboral y el derecho de la competencia, regulando los derechos y deberes de las partes, el contenido del contrato, la responsabilidad entre franquiciado y franquiciante; la situación del personal de la empresa franquiciada frente a la franquiciante y la de éste frente a sus competidores desde el derecho de la competencia, requiere garantizar verdaderos e interesantes planes de apoyo y asesoramiento técnico y comercial a quienes son partes de la relación contractual.

El tratamiento insuficiente del Contrato de Franquicia en los negocios jurídicos en el Ecuador requiere analizar los aspectos fundamentales que permiten considerar al contrato de Franquicia como elemento clave en los negocios jurídicos dentro de la actividad mercantil.

Con estos antecedentes, para el desarrollo de mi investigación partiré de la hipótesis que las relaciones jurídicas que se establecen entre las partes en virtud del contrato de Franquicia, requieren en nuestro país, por su incidencia, sus características e implicaciones, de una regulación normativa específica.

Lo que pretenderé es utilizar el método analítico para determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas utilizadas, es decir, la correspondencia existente entre la norma jurídica vigente (normas referidas a la contratación mercantil, civil, a la propiedad intelectual) y la realidad socio-económica de nuestro país; el método jurídico comparado, al analizar las regulaciones jurídicas en materia de Franquicias en países que forman parte de la Unión Europea así como la de países anglosajones y América Latina; así verificaremos la

necesidad de la unificación legislativa y de la aproximación de nuestra legislación a las nuevas exigencias contemporáneas.

CAPITULO I

FRANCHISING O CONTRATO DE FRANQUICIA

1. INTRODUCCION - EL PROBLEMA

El desarrollo del comercio moderno y el impacto de la globalización abarcan una variedad de ámbitos: las comunicaciones, la economía, las finanzas, etc. y cuando se extienden a lo cultural, a lo político y a lo jurídico, el avance globalizador incita a reflexionar acerca de si el derecho en el curso de la historia ha podido o no evitar la influencia de los cambios sociales y económicos. Sin duda, la permanente evolución de las relaciones socio-económicas, la revolución tecnológica, la ampliación de los mercados así como las renovadas necesidades del tráfico mercantil, determinan la aparición y proliferación de nuevas relaciones contractuales no previstas ni tipificadas por los textos legales; resultando insuficientes, los contratos típicos clásicos para dar adecuada solución a todos estos problemas.

La complejidad del mundo actual, el mayor confort al que en una medida u otra todos aspiramos, la cultura, e incluso la prestación de servicios, implica la presencia de una empresa que los produzca y los coloque en el mercado masivamente. La empresa organiza, produce y distribuye una gran cantidad de bienes y servicios, los cuales cambian o pretenden cambiar los hábitos, los gustos y hasta el criterio personal de los consumidores, manifestándose todo esto a través de los contratos comerciales. Uno de los problemas que la empresa productora experimenta en una economía de mercado en permanente crecimiento, se refiere a cómo llegar con sus productos o servicios al público, pero de una manera eficiente, ágil, con el menor riesgo y costo posibles, para lo cual debe competir en los grandes centros comerciales y en otros medios de venta directa, como consecuencia de la generalización de la venta en masa y de la publicidad masiva.

De esto, necesariamente deriva un incremento de los gastos de explotación y el aumento de la complejidad comercial, debido a la dispersión de la clientela, lo cual determina la importancia y la necesidad de contar con adecuados canales de comercialización que permitan superar estas dificultades. Como consecuencia de ello, han surgido múltiples y nuevos contratos entre los cuales podemos resaltar al famoso contrato innominado "Franchising o Contrato de Franquicia", el cual a nivel doctrinario aún no presenta un consenso sobre su concepto. Las definiciones jurídicas o las caracterizaciones económicas no son uniformes y en Ecuador, los contratos destinados a crear canales de distribución por terceros y/o el contrato de franquicia comercial, no están legislados, lo cual a su vez constituye uno de los ejemplos más notables de la vigencia de las costumbres mercantiles como fuente de derecho. En verdad, como señala Paillusseau (Farina 2005):

“Estos contratos no pueden encasillarse en las categorías jurídicas existentes, y su diversidad es tal que no pueden, al menos en el estado actual de las cosas, formar una categoría autónoma. Ésta es la razón por la cual los juristas avezados a situaciones de este tipo se esfuerzan por prevenir todos los aspectos de la situación y de la relación que ellos organizan, así como su evolución, para precisar las soluciones que puedan aportarse a los problemas que aparecerán y evitar los pleitos largos y engorrosos”.

El contrato de franquicia es un contrato complejo cuya incidencia se ve reflejada en múltiples disciplinas del derecho, tales como el derecho comercial o derecho mercantil, el industrial, el laboral y el derecho de la competencia, regulando los derechos y deberes de las partes, el contenido del contrato, la responsabilidad entre franquiciado y franquiciante; la situación del personal de la empresa franquiciada frente a la franquiciante y la de éste frente a sus competidores desde el derecho de la competencia.

El Franchising o Contrato de Franquicia Comercial, según lo denominan algunos doctrinarios debe ser abordado con las herramientas teóricas provenientes de los campos previamente citados sin desatender la aplicación de los principios que el Código Civil establece para la celebración y ejecución de los contratos.

El presente trabajo dentro de un primer contexto pretende hacer una revisión de las tratativas generales del contrato de Franchising, su naturaleza jurídica y su importancia en los sistemas jurídicos a nivel nacional e internacional.

1.1.- CONCEPTO

Durante los últimos años el contrato de franchising ha ocupado un papel importante dentro del derecho mercantil como una nueva modalidad de contratación a pesar de que a nivel doctrinario aún no encontramos en derecho comparado unanimidad de concepto. Aun así, se puede decir que se le concibe a esta figura jurídica como un contrato bilateral, en el cual, una parte, que se le conoce como *franchisor* (franquiciante), otorga una licencia a un comerciante independiente, conocido como *franchisee* (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El *franchisee* generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (*royalty*) sobre las grandes ventas. Es necesario recalcar que el término *franchisee* puede tener dos significados: a) el derecho del *franchisee* a vender ciertos productos o servicios, y b) el lugar de negocios donde *el franchisee* ejerce ese derecho. (Farina. Contratos Comerciales Modernos 477).

"El *franchising* es un sistema de distribución comercial llevado a cabo por empresas independientes y con una organización piramidal basada en una relación contractual, la que engloba la transmisión de un *know how*, la licencia y uso de una marca, asistencia técnica y contable bajo control del otorgante y de conformidad con un método preestablecido por él, en contraprestación de lo cual el *franchisee* paga un canon y otras prestaciones adicionales. Para analizar el *franchising* debemos estudiar el juego de los siguientes elementos: a) protección de marcas; b) adaptación del contrato a las leyes comerciales; c) legislación inmobiliaria, cambiaria, locativa y fiscal; d) leyes sobre importación de insumos; e) leyes contra el monopolio y de defensa de la competencia". (LAIRD SIEGEL, citado en Farina, 1999, p. 477).

Esta simbiosis que se refleja en la interacción de las partes del contrato, les dota de ciertas ventajas, en especial: tener un negocio de éxito. Sin duda, cuanto más vende *el franchisee* más gana. Exactamente ocurre lo mismo para *el franchisor*: si las ventas del *franchisee* continúan en incremento, también se incrementarán las regalías del *franchisor*. Si éste logra elevar el prestigio de sus negocios, *el franchisee* aumentará sus ganancias de modo sustancial.

Bescós (citado en Farina, 1999) manifiesta que el explotar fórmulas, prestigio e ideas por medio de este contrato tiene ciertas ventajas, señalando como tales las siguientes:

- á) Expansión rápida de los negocios que se apoyan en la iniciativa e impulso empresarial de terceros (los franquiciados).
- b) Capital y riesgos mínimos para el franquiciante, pues la inversión principal es realizada por los franquiciados, quienes asumen los alcances de la explotación de su establecimiento.
- c) Mayor facilidad de administración para el franquiciante, a la vez que mayor agilidad y rapidez en el control de la cadena de franquiciados.
- d) Optimización del *marketing*; se consiguen así mayores economías de escala, principalmente en suministros y equipos.
- e) Mayor valorización de la estructura, pues, generalmente, se consiguen mejores emplazamientos, una mejor identificación de los productos e intercambio de experiencias.

En cuanto a su terminología, según Rocha (citado en López, 2012),¹ el origen de la palabra franquicia se deriva del término francés *franc*, que significa *libre*; en esa época la iglesia católica utilizaba la palabra *le franc* para indicar el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a alguno o algunos de sus súbditos, referidos a los derechos de mercado, para que, actuando en su nombre, recolectaran los impuestos que le debían a ella. La palabra "franquicia" es históricamente sinónimo de privilegio. La palabra

¹ López Cabrera A.G. (2012). "El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa". Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador.

franchising proviene del verbo francés *francher*, que significa “conceder mediante carta de franquicia un privilegio o renunciar a una servidumbre”. Existían dos clases de *franchise*: en primer lugar, los privilegios reales que eran usados por la corona y podían ser concedidos a particulares, como para la pesca e industria forestal; y, en segundo lugar, los privilegios que se creaban eran especialmente para la autorización a particulares como las ferias y mercados. El propietario de la *franchise* tenía un derecho exclusivo de uso frente a terceros que pudieran interferirse.

En el comercio internacional esta figura contractual es conocida con su designación, tomada del idioma inglés, que se traduce al castellano como "franquicia". En los países de habla hispana el término franquicia se ha vuelto muy común, sin embargo, hay que destacar que el significado idiomático de esta palabra no expresa exactamente el concepto que encierra el contrato de *franchising*, de modo que conviene dejar en claro, que "contrato de franquicia" es el conocido internacionalmente como contrato de *franchising*. La función del *franchising*, de acuerdo con lo expuesto por Juan M. Farina (1999) radica en ser el medio por el cual, el franquiciante o franquiciador titular de una marca o designación comercial determinada y conocida de bienes o servicios llega al consumidor final, a través de una serie de establecimientos comerciales (franquiciados) que fabrican y expenden el producto o servicio de esa marca de acuerdo con las instrucciones y exigencias planteadas por parte del franquiciante. A pesar de que el franquiciado sea considerado como un comerciante autónomo, se integra a la red organizada por el franquiciante como si fuera una sucursal de éste.²

Marzorati (citado en Farina, 1999) distingue entre el *business format franchising* y el *product franchising*:

"En el product franchising, lo que habitualmente se concede es el derecho de distribuir en forma semiexclusiva un producto fabricado por el otorgante y comercializado bajo su nombre o marca. Pero el tomador, en este caso, goza de un grado de autonomía mucho mayor, ya que es un comerciante que posee cierto grado de especialización y por ende tiene cierta especialidad, de la que carece habitualmente el tomador de una franquicia (...) la franquicia comercial, llamada business format franchising, es un contrato de empresa, por el que se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca

² En inglés, las partes son designadas *franchisor* y *franchisee*. En la traducción a nuestro idioma se emplean los términos "franquiciante" o "franquiciador" (a veces "licenciante" o "concedente", para referirse al "dador de la franquicia") y "franquiciado".

comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.

Lo que distingue, en esencia, al business format franchising de la franquicia tradicional o franquicia de producto es el hecho de que en esta última especie la relación entre franquiciante y franquiciado se da, básicamente, en la siguiente forma: el fabricante o distribuidor, titular de la marca, vende sus productos al comerciante (su revendedor autorizado), el cual simplemente los revende por un precio más alto. El titular de la marca casi siempre autoriza al revendedor a hacer uso de ésta y puede asimismo suministrar algún entrenamiento y cierta asistencia en materia de publicidad que ayude al revendedor a vender más. No exige que el revendedor siga un esquema rígido de actuación en la operación de su propio negocio, aunque establece pautas de actuación y objetivos de venta a cumplir. En cambio en las operaciones denominadas de business format franchising, (...) el franquiciante enseña al franquiciado las técnicas o métodos que desenvuelve para comercializar sus productos y/o prestar los servicios y según los cuales el franquiciado deberá desempeñar sus actividades, siempre de acuerdo con las normas e instrucciones y sujeto a la supervisión y continua asistencia del franquiciante. El control que el franquiciante ejerce sobre las actividades del franquiciado es y debe ser mucho más rígido, constante e intenso que el de las operaciones de la franquicia tradicional".
(pp. 478-479).

Explica Santini (citado en Farina, 1999), define a la franquicia como "marketing de la idea", es decir, los franquiciados se obligan a realizar ventas con signos distintivos propios del franquiciante, integrándose dentro de las empresas de los franchisees, quienes asumen el riesgo económico, los costos de instalación y gestión del establecimiento; el franchisor por ende, realiza los negocios que haría con sucursales propias, ya que realiza la venta de un producto uniforme a todos los consumidores, utilizando una red de locales de ventas, pero no afronta sus costos, sobretodo en el modelo originario estadounidense (en Europa la necesidad de promover una red válida lo obliga a financiar los franchisees). En suma, el franchisor o franquiciante puede controlar cabalmente la distribución del producto que tiene su marca, expandir la venta y acceder a un mercado más amplio interno e internacional.

Por su parte, el franquiciado, se encarga de evitar los riesgos que una empresa autónoma podría sufrir en el período de preparación, obtiene conocimientos técnicos y asistencia en la presentación de las mercancías, en la estructuración del almacén, en el adiestramiento del personal, en la promoción de las ventas, en la contabilidad, etc.; disfruta de la publicidad y

servicios comunes (especialmente para la adquisición, el transporte y el depósito), o de cualquier otra ventaja deducible de la acción de todos.

1.2.- ORIGEN Y DESARROLLO

El origen de la Franquicia comercial tuvo sus primeras raíces en los Estados Unidos, alrededor del año 1850, antes de la Guerra Civil americana. Su nacimiento se dio debido a la creación de una novedosa cadena de distribución y venta de máquinas de coser de la compañía "Singer Sewing Machine Company, radicada en Stamford, Connecticut. Esta compañía, decidió expandir la comercialización de sus productos a través de comerciantes independientes, a quienes les otorgó la autorización del uso de la marca "Singer", en conexión con aquella actividad de comercialización; continuando con la utilización de este sistema hasta el día de hoy.

Sin embargo, el auge del desenvolvimiento de la franquicia comercial, se localiza a partir de comienzos del siglo XX, cuando otros fabricantes norteamericanos de automóviles, emulando a la pionera General Motors (1898), buscaron establecer y ampliar sus cadenas de distribución con el otorgamiento de franquicias a comerciantes esparcidos por todo el país. Ya en 1899, Coca Cola pasó a otorgar franquicias para el embotellamiento de su producto, y en forma sucesiva se fueron incorporando en este sistema empresas de la más variada índole como los supermercados Piggly Wiggly, Herz Rent-a-Car y en el rubro de comidas rápidas A&W Root Beer. (Farina, 2005)

En la década de 1930, luego de la Gran Depresión, Howard Johnson estableció la primera franquicia de veinticinco negocios en cadena. Durante este mismo año, las compañías petroleras también adoptaron este sistema, convirtiendo los puestos de gasolina operados directamente en franquicias otorgadas a operadores locales. A finales de esa década la franquicia ya había sido adoptada por innumerables empresas operando en diversos ramos de actividades, estando ya firmemente implantada en la economía norteamericana.

Después de la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos, se expandió el business format franchising. El sistema se convirtió en la respuesta más adecuada para personas con poca o ninguna experiencia en la conducción de empresas, inclusive por la facilidad de obtención de financiamientos especiales por parte de la Small Business Administration, un órgano del Gobierno Federal, que tenía por función estimular y viabilizar la implantación y la supervivencia de pequeños negocios. Algunos de los franquiciantes más conocidos en el presente iniciaron o expandieron velozmente sus actividades de franquicia en esa época, como por ejemplo, Dairy Queen, Baskin-Robbins, 31 Flavours y Orange Julius of America. (Farina, 2005)

A partir de los años 1950 y 1960, aparecieron las grandes franquicias: Holidays Inn, McDonald's, Burger King, Sheraton, etcétera. Sin embargo, fue el año 1955, el que marcó el verdadero auge del franchising: su adopción por parte de la empresa McDonald's como medio para expandir su sistema de comidas de servicio rápido. El hecho es que *“Hoy, en día, aproximadamente un 80% de los más de 30.000 restaurantes distribuidos en 119 países, son propiedad de franquiciados independientes, lo que convierte a McDonald's en la primera firma franquiciadora del mundo”*.³

Gran número de actividades distintas se sumaron luego a este método de expansión de negocios, difundiéndose todo tipo de venta directa al público e incluso del sector servicios-hasta el punto de alcanzarse en 1988, el medio millón de establecimientos dando ocupación a unos siete millones de personas. (Bescós, 1990). Actualmente, en los Estados Unidos, según la Asociación Internacional de Franquicias aproximadamente el 4% de todos los negocios en los Estados Unidos son franquicias.⁴

El origen de la franquicia en el continente Europeo se remonta a la Edad Media, durante la época del sistema feudal, cuando los propietarios de tierras comenzaron a conceder derechos a los campesinos para usen sus tierras a cambio de una cuota y parte de los beneficios. Durante esta época la palabra “franquicia” era sinónimo de privilegio, ya que existían las famosas y conocidas ciudades con Cartas Francas, las cuales gozaban de ciertos privilegios especiales como la dispensa de pagar tributo al rey o al señor de la región o para sus ciudadanos que tenían el derecho a la libre circulación.

A todo esto se suma además, la forma rudimentaria de concesión que hacía la Iglesia Católica a ciertos señores de tierras, autorizándoles para que en su nombre recolecten los impuestos debidos a la Iglesia. A estos colectores se les remuneraba a través de las retenciones que efectuaban de una parte de lo recibido, enviando lo restante a la Iglesia y aunque este antecedente se parece en la actualidad a la figura de la concesión que utiliza el poder público a favor de empresas particulares o de economía mixta para que exploten ciertas actividades como transportes públicos, educación, energía eléctrica, teléfonos y otros, sin duda, ya estaban en realidad poniendo en práctica un sistema que luego se convertiría en franquicia,

³ <http://www.infofranquicias.com/fd-1348/franquicias/Mc-Donalds.aspx>

⁴ http://www.rhproperties.es/franquiciate1/Franquiciate-1-Que-es-una-franquicia_a1.html

Con estos antecedentes, el concepto de franquicia en Europa se fue perfeccionando durante el siglo XIX cuando los cerveceros alemanes permitieron a los bares usar el nombre del cervecero para vender cerveza.

“En la actualidad, la Asociación Internacional de la Franquicia reconoce a Europa occidental como una de las mejores ubicaciones para el desarrollo internacional de la franquicia. Y las franquicias más importantes del mundo están de acuerdo – Europa genera ahora más ingresos a McDonalds que ninguna otra región, incluyendo los EEUU. En el 2007, McDonalds ganó cerca de 9 mil millones de dólares en Europa, comparado con los menos de 8 mil millones de dólares de los EEUU. La compañía predice que el crecimiento total de las ventas en Europa sea aproximadamente del 9 por ciento, más del doble del crecimiento que se espera de las ventas en EEUU”.⁵

En América Latina el auge de la franquicia se vio alrededor del año 1983, a pesar de que tal vez existieron casos específicos con anterioridad. De acuerdo con los datos publicados por internet por América Economía, Brasil es el país que más destaca en la región en este aspecto con un número de 1.800 franquicias en el mercado. Luego, se encuentra México, Argentina y Venezuela. Se destaca que el sector económico que más sobresale es el gastronómico, llegando a tener casi un 35% en promedio de presencia a nivel regional. Resalta que en Perú la franquicia más exitosa es “China Wok”, en Venezuela “Churromanía” y en Chile “Doggis”. Según, el informe de América Economía *“Gran parte de las franquicias en América Latina se encuentran en etapa de profesionalización. Y para acompañar este rápido crecimiento, en la mayoría de los países se ha desarrollado una normativa especializada y una clara política de internacionalización de las marcas”*.⁶

Finalmente, en nuestro país, de acuerdo con la publicación hecha por el Ing. Guido Santillán, en el Diario El Telégrafo, con su artículo “Las primeras franquicias en el Ecuador”, manifiesta que la primera franquicia que empezó a operar fue “Martinizing”, basada en el servicio de lavado en seco que atendía con la ayuda de 8 empleados, a partir del 8 de marzo de 1967, en la ciudad de Quito. Esta empresa como sabemos es de origen norteamericano, se debe su nombre a Henry Martin, quien gracias al descubrimiento del producto perclorotileno, no inflamable, pudo desarrollar una máquina que en combinación

⁵<http://www.franquiciadirecta.com/top500/articulo/lafranquiciaeneuropapasadopresenteyfuturo/19/>

⁶ <http://www.americaeconomia.com/negocios-industrias/conozca-como-se-desarrolla-la-industria-de-las-franquicias-en-america-latina>

con la implantación de procesos ordenados para recoger y procesar las prendas, agilitaba el servicio de limpieza en seco.⁷

Posteriormente llegaron a Ecuador otras franquicias, tales como Kentucky Fried Chicken (KFC) en 1975, Pizza Hut en 1982, Burger King en 1986, McDonald's en 1997. Actualmente se estima que en Ecuador existen unas 150 franquicias extranjeras. Sin embargo, en la actualidad, también contamos con algunos ejemplos de franquicias ecuatorianas, a saber: Disensa, Farmacias Cruz Azul, Pañaleras Pototín, Yogurt Persa, Restaurante Pims, Los Cebiches de la Rumiñahui, Expocolor, Docucentro Xerox, etc.⁸

1.3.- FUNCION ECONÓMICA

El contrato de Franchising es una modalidad de contratación mercantil que facilita la inversión, a nivel nacional como internacional, con el cual circula grandes cantidades de capital y recursos humanos, produciendo beneficios no solo a quienes suscribieron el contrato sino al público en general, mejorando con la distribución de los distintos bienes y servicios la economía de los países que han introducido esta figura jurídica.

Con el fin de tener una visión general de lo que representaba en el mundo económico la franquicia comercial, basta señalar que *“en 1960 significaba negocios en los Estados Unidos por valor de unos 60.000 millones de dólares de facturación anual; quince años después la facturación anual había alcanzado la cantidad de 239.000 millones de dólares, representando el 20% del producto bruto nacional y 31% de todas las ventas minoristas”*. (Farina, 2005, p. 196)

Con todos estos antecedentes, las ventajas de carácter económico, según el profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Murcia, Emilio J. Lázaro Sánchez (2000), en su obra Anales de Derecho, “Contrato de Franquicia”,⁹ se traducen en las siguientes:

1º) Supresión de intermediarios. La franquicia elimina todos los gastos que implica todo tipo de intermediación comercial como la creación de sucursales y otros sistemas de acercamiento al consumidor o usuario, disminuyendo, al mismo tiempo, el riesgo financiero de la empresa franquiciadora para convertirse en una fuente de financiación para ésta. De

⁷http://www.ecuafranquicias.com/inicio/index.php?option=com_content&view=article&id=68:lasprimerasfranquecuador&catid=42:articulos&Itemid=58

⁸http://www.ecuafranquicias.com/inicio/index.php?option=com_content&view=article&id=68:lasprimerasfranquecuador&catid=42:articulos&Itemid=58

⁹ <http://www.franquicias.us/negocios/empresas/funcion-economica-de-la-franquicia/>

esta manera, el franquiciador genera una red comercial que controla y expande territorialmente a cambio de una inversión limitada.

2º) Motivación personal del franquiciado que satisface, al propio tiempo, su deseo de autonomía empresarial. Este empresario independiente goza de entre los beneficios más importantes y reconocidos en el mercado: “conocer el *know-how* y tener la asistencia del franquiciador”, a más del derecho y poder usar signos distintivos fuertes, reconocidos en el mercado, con lo cual ve considerablemente disminuido el riesgo que implica cualquier aventura empresarial anónima.

3º) Atención a las necesidades y expectativas de los consumidores y usuarios. En la actualidad, con mayor frecuencia, se ve que los consumidores buscan adquirir determinados productos independientemente de su propia identidad o cualidades intrínsecas, sino que su deseo o necesidad se basa en las prestaciones ligadas a su sistema de comercialización.

4º) Alza en la creación de puestos de trabajo. El *franchising* implica la intervención de dos partes: el franquiciador y el franquiciado, siendo este último el inversor que necesita sin duda, de personal a su cargo para el funcionamiento de la empresa franquiciada. Resulta que ese perfil corresponde al de trabajadores que capitalizan su desempleo invirtiendo en una franquicia y creando los puestos de trabajo necesarios para las funciones que ellos mismos no pueden atender.

De ahí que, también, sea cada vez mayor el apoyo de la Administración Pública al sistema de franquicia, propulsor de la pequeña y mediana empresa, pero que también lo sea la ampliación del control y seguimiento público sobre el mismo. Control que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se trata de obtener la correspondiente inscripción en un Registro previsto al efecto (art. 62.2 LCM) y creado por el RD 2485/1988, de 13 de noviembre.

1.4.- SIGNIFICACIÓN E IMPORTANCIA JURÍDICA

En los últimos años se ha desarrollado en el derecho una figura vinculada a una moderna forma de distribución comercial. Se trata del Franchising, que si bien reconoce antecedentes en los Estados Unidos a principio de siglo XX, recién toma auge en un contexto muy diferente en la década de 1950. Sin embargo, el Franchising o como se prefiere denominarlo “franquicia comercial”, no es un fenómeno exclusivo de los Estados Unidos. Como consecuencia de su éxito en los Estados Unidos, la franquicia se expandió también por Europa, en un principio como una forma de explotación del mercado europeo por los franquiciantes americanos (Coca Cola, Hertz, Avis) y luego como un contrato celebrado sólo entre parte europeas (Prenatal, Pronuptia, Sarma). Las franquicias europeas están sujetas a

la variedad de leyes nacionales pero en muchos países también a las reglas de la Unión Europea. Cada país ha adaptado el contrato a las necesidades de su mercado y al gusto de sus consumidores, así como también a las provisiones de su sistema legal en general. (Farina, 2005)

En América Latina el contrato de franquicia también ha tomado posición y su introducción, bajo diversos nombres, ha merecido la atención de legisladores, sin que hasta el presente se haya concretado en normas específicas. A pesar de que la franquicia comercial no ha tenido el desarrollo que ha alcanzado en países industrializados, el avance actual del sistema, desde un punto de vista jurídico y económico, nos permite afirmar que se trata de un contrato nuevo, diferente de los otros contratos a pesar de las similitudes que puede tener con los contratos de distribución comercial, concesión y agencia, susceptible de un análisis exhaustivo para su correcta aplicación. En Ecuador, la franquicia es una realidad y aunque, se trate de un contrato atípico, puesto que no existe legislación específica referida a él ni tampoco antecedentes jurisprudenciales, su aplicación es posible a través del principio de autonomía de la voluntad contenido en el Código Civil. Este principio es la principal fuente de obligaciones en nuestro país, por lo que se requerirá de un convenio que suscriban las partes.

Además de esto, es de carácter obligatorio respetar y considerar las normas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, así como en las disposiciones pertinentes del IEPI (Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual) ya que lo que se concede o permite usar en este tipo de negocios, es justamente propiedad intelectual. Teniendo presente siempre las normas provenientes del Código Civil y el Código de Comercio. Nombres como McDonald's, Pizza hut, Martinizing, Friday's, etc. se han vuelto tan comunes y todos operan en el país según el modelo de franquicia comercial. Los sistemas tradicionales de distribución de mercaderías han evolucionado hacia una descentralización vertical, que se confía en la actualidad a terceros. Anteriormente, la misma empresa fabricaba un producto y por medio de sus representantes dependientes lo comercializaba. La franquicia comercial como método o sistema de comercialización se presenta entonces como una técnica que otorga a las partes beneficios de diferente nivel, aunque los beneficios de carácter económicos, resulten sin duda los más atractivos.

Resulta esencial, para la correcta aplicación del contrato en estudio no sólo recurrir a la legislación específica, sino a la aplicación de los principios generales que rigen los contratos, sin someterlos a formalismos rigurosos, teniendo en cuenta la vigencia de los usos y prácticas mercantiles como fuentes de interpretación e integración de los contratos, y la costumbre como reguladora de los contratos innominados. En efecto, tratándose de un contrato atípico y por ende carente de normas expresas que lo regulen, su régimen debe

buscarse principalmente en la propia voluntad de las partes expresada en la convención y en los principios generales de los contratos.

Lo expuesto nos conduce a pensar que la contratación mercantil lo que busca es tratar de satisfacer las necesidades humanas. La función social que desempeñan los contratos comerciales determina, para su estudio, la necesidad e importancia de analizar las fases que corresponden a su celebración, interpretación y ejecución, teniendo en cuenta dicha función.

El contrato de franquicia al ser un contrato complejo tal como se mencionó en la introducción de este trabajo, incide en múltiples disciplinas del derecho. Tiene notable influencia en el derecho comercial o derecho mercantil, el industrial, el laboral y el derecho de la competencia, ya que a través de ellos, se regulan los derechos y deberes de las partes, en suma, el contenido del contrato, la responsabilidad entre franquiciado y franquiciante; la extensión de los derechos concedidos, la situación del personal de la empresa franquiciada frente a la franquiciante y la de éste frente a sus competidores al amparo del derecho de la competencia. En el campo laboral, tiene plena incidencia en razón de ser un contrato celebrado entre empresas independientes. En varios países europeos se dieron casos en el pasado en los que los tribunales de trabajo consideraron que la relación entre el franquiciante y el franquiciado era una relación laboral, por cuanto el franquiciado tenía un nivel de dependencia respecto al franquiciante que lo asemejaba a un trabajador por cuenta ajena. Esta situación ha sido superada casi por completo, pero la complejidad del tema se lo tratará más adelante. (Farina, 2005, p. 201)

El franquiciante aporta sus derechos de propiedad industrial y su know-how, lo que involucra la aplicación de las normas del derecho de marcas y de patentes así como el estudio de las normas en materia de transferencia de tecnología, donde existen, se requiere garantizar verdaderos e interesantes planes de apoyo y asesoramiento técnico y comercial a quienes son partes de la relación contractual. El franquiciado debe pagar una remuneración y por ende su tratamiento es materia del derecho fiscal y del derecho cambiario, en caso de transferencias internacionales de divisas.

La venta o fabricación, las fuentes de suministro y el cuadro de exclusividades inherentes a todo contrato de franquicia tiene una relación directa con el derecho de la competencia. Así pues, cuando hablamos de "franquicia internacional", se entiende que se trata de un franquiciante que ofrece franquicias en otro país. En general, la falta de legislación aplicable y la falta de uniformidad en la legislación existente crean conflictos y dificultades a quienes son las partes de este contrato. (Farina, 2005, p. 202)

Existen algunos aspectos que según G.E. Boisvert (1981, citado en Farina, 2005), los franquiciantes deberían examinar cuando consideren la posibilidad de establecer franquicias en el exterior; éstas se refieren a:

- a) Protección de las marcas.
- b) Adaptación del contrato de franquicia a las regulaciones y leyes comerciales locales.
- c) Leyes relativas a la importación de materias primas y de productos elaborados.
- d) Legislación Cambiaria
- e) Legislación Laboral.
- f) Legislación sobre alquileres.
- g) Legislación Fiscal.
- h) Leyes contra el monopolio y la competencia desleal.

De igual manera, cuando se suscite un conflicto, será necesario decidir la ley aplicable al caso particular, ésta será la del franquiciante o la del franquiciado, lo que implica discusiones intrincadas acerca de la naturaleza del contrato. Tal decisión es también necesaria al comienzo de la relación contractual, particularmente con relación al pago de las regalías. De ello, se puede constatar la amplitud del contrato de franchising, por lo que su relevancia jurídica se fundamenta por su notable influencia en las diferentes e importantes áreas del derecho.

1.5.- NATURALEZA JURÍDICA

Existen algunas teorías que esbozan acerca de la naturaleza jurídica del contrato de Franchising y las he agrupado de la siguiente manera:

a) EL "FRANCHISING" (FRANQUICIA) ES UN CONTRATO DE COLABORACIÓN COMERCIAL.- El franchising sin duda implica un método de colaboración entre empresas distintas e independientes que requiere la acción común de las partes para alcanzar eficacia, desarrollo y ampliación de los negocios en sus respectivas empresas. Para ello el equilibrio de poderes y de ganancias entre las partes debería ser la base pero, en realidad lo que ocurre es que el franchisor es quien impone las condiciones y el franchisee únicamente se adhiere. Lo que si hay que recalcar es que el franquiciante pone a disposición del franquiciado dos elementos importantes: una determinada técnica empresarial que constituye un conjunto permanente de medios y servicios de apoyo que, prácticamente, aseguran el éxito del franquiciado; y una línea de productos o servicios, con una marca acreditada y de fama en el mercado con un sistema comercial experimentado, uniforme y continuamente renovado. (Farina 1999).

b) COMPARACIÓN DEL "FRANCHISING" CON EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.-

Existen muchas diferencias entre ambos contratos: en la distribución se vuelcan al mercado los productos fabricados por el productor. El distribuidor compra para revender mercaderías fabricadas por su comitente, para nada interviene en el proceso de fabricación, mientras que el franquiciado, generalmente es quien fabrica el producto que vende y adquiere el *know kow* que le transmite el franquiciante para cumplir con dicho fin. Además, antes de la habilitación del establecimiento del franquiciado, el franquiciante aportará con los conocimientos y experiencia, lo cual se concreta, mediante la entrega de los conocidos "manuales operativos o de funcionamiento". En suma, la franquicia de empresa en un concepto diferente al de distribución aunque la franquicia de producto, es asimilable a una forma de distribución. (Farina, 1999).

El contrato de distribución no requiere de un determinado elemento que toma mucha importancia en el Franchising, me refiero a la asistencia inicial que el franquiciante brinda al franquiciado para facilitar la instalación del establecimiento de venta. Esta asistencia puede ampliarse a la selección del local e instalaciones, al estudio de mercado y la financiación. Nada de esto es exigible para llevar a cabo un contrato de distribución, pues no es esencial una asistencia permanente como, mientras en el franchising esta obligación puede concretarse de varias maneras: información personalizada, reuniones, circulares, visitas periódicas o asistencia in situ. (Farina 1999).

c) "FRANCHISING" Y CONCESIÓN.- Jean Guyénot (citado Farina, 2005) considera que la franquicia "es la manifestación de una mutación en el objeto de los contratos de concesión comercial", y que en este caso la franquicia sería una forma de concesión comercial bajo una propia denominación pero sin significación jurídica: sería una misma sustancia contractual bajo términos equivalente. Este autor no encuentra diferencias entre la naturaleza jurídica de la franquicia y de la concesión comercial, y los denomina a estos contratos como "Franchising a la americana" y "Franchising a la europea".

Considera al "Franchising a la americana", desde el punto de vista jurídico, como una forma de licencia comercial y lo define como:

"la concesión de una marca de producto o de servicio. El franquiciante no solo cede el uso de su marca, sino que se obliga también a proveer al franquiciado los medios de comercialización del producto o servicio, como se obliga el concedente".

El "Franchising a la europea" en cambio lo define como:

"una adaptación de la franquicia originaria de los Estados Unidos, que no excluye ni la licencia de una marca por el franquiciante ni el pago de regalías periódicas por el franquiciado. Pero donde innova el franchising americano en relación a la práctica de concesiones comerciales en Europa es en la exigencia del pago de un derecho de ingreso al grupo, circunstancia que en la franquicia europea es excepcional".

Las prestaciones de los contratantes, siguiendo a Guyénot (citado en Farina 1999), recuerdan las del concesionario y la de los concedentes; pero en el contrato de franchising el franquiciante no cede solamente el uso de su marca al franchisee sino que se obliga a suministrarle los medios para comercializar los productos o los servicios convenidos, entre los cuales se incluye el engineering, o sea el estudio previo a la creación o a la transformación del negocio, realización y puesta en marcha de los arreglos y de las instalaciones. Los otros proceden del marketing, es decir, de los métodos, medios y técnicas de comercialización, como: estudio de mercado; utilización de una marca prestigiosa; publicidad sobre el plano nacional, regional o local y sobre el lugar de venta; ventas promocionales y lanzamiento de productos nuevos, etcétera. Finalmente se brinda una formación profesional adaptada al personal del franquiciado y una organización contable y administrativa de su empresa. En compensación el franquiciado financia las inversiones, asegura la función comercial bajo su responsabilidad y paga al franquiciante un canon más un royalty.

Sin embargo, no comparto la opinión de este doctrinario respecto de la semejanza entre ambos contratos ya que en definitiva la concesión del uso de marca y pago de prestaciones periódicas son los elementos contractuales que marcan la diferencia plena a la concesión de la franquicia, pues en este último contrato son ingredientes esenciales que no existen en la concesión. Tampoco en este último caso se concede el método de comercialización, lo que se hace es fijar pautas.

CAPITULO II

PROCESO DE FORMACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA – FRANCHISING

2.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE "FRANCHISING"

Cada contrato, en las diferentes áreas del derecho, de acuerdo a su objeto prevé ciertos elementos subjetivos y objetivos, básicos y alternativos, o como la doctrina prefiera llamarlos. En cuanto a los contratos de esta naturaleza, los elementos típicos aparecen tanto en los contratos locales como en las franquicias internacionales, ya que la esencia de la relación no cambia, a pesar de que se pueda apreciar diferencias entre algunos contratos por aplicación de terminología variada y sin duda en lo concerniente a las condiciones de operación. El contrato de franquicia internacional implica que se aborden temas relacionados con el régimen cambiario, legislación aplicable, jurisdicción, y aunque estos aspectos lo tornen más especializado, la esencia misma del sistema no cambia.

Para que se pueda celebrar un contrato de franquicia, según (Farina, 2005) deben existir los siguientes elementos básicos y alternativos:

ELEMENTOS BASICOS:

a) LICENCIA DE MARCA.- Debe existir la titularidad de una marca sobre un producto o servicio. El franquiciado debe siempre usar la marca del franquiciante, sus signos distintivos y las instrucciones que éste le indique, ya que el contrato está regido por leyes que regulan cómo debe actuar el franquiciado en el desempeño de sus actividades y en la administración de los productos de la marca.

b) TRANSFERENCIA DE UN "KNOW-HOW".- El franquiciante tiene como obligación entrenar al franquiciado respecto de la conducción del negocio y la organización del trabajo y el franquiciado tiene la obligación de cumplir con las instrucciones dadas por aquél y actuar según el entrenamiento impartido. El "know-how", "savoir – faire" o "saber cómo" garantiza que se dé la uniformidad en el producto o en la prestación del servicio para llegar al mismo resultado; es decir, el entrenamiento y la asistencia técnica, en un aspecto esencial en el franchising. Este entrenamiento está basado en instrucciones que abarca varios temas tales como por ejemplo: la decoración del local, uniforme de los empleados, la manera de presentación, etc.

c) REGALIAS.- Las regalías es la forma de retribución del franquiciado al franquiciante como contraprestación por los servicios y de la asistencia que éste le presta durante toda la vigencia del contrato. Consiste en pagar una suma fija de dinero al franquiciante al inicio de la relación y una regalía durante el transcurso de ella. Sin embargo, las modalidades y monto del pago difieren en razón del vehículo que las partes hayan escogido para la instalación de la franquicia; aspecto que será tratado a posteriori.

d) OPERADOR DE FRANQUICIA.- La figura del operador de la franquicia marca su importancia de tal manera que la muerte o incapacidad del dueño operador o la de éste es causal de rescisión del convenio, ya que los herederos del operador están calificados para continuar con el negocio.

e) TERRITORIO.- En todos los contratos, se establece el lugar de actuación de las partes o en el lugar donde se ejecutará el objeto del contrato. Sin embargo, en los contratos de franquicia, es primordial el demarcar la zona de actuación a favor del franquiciado, ya que ahí desarrollará su negocio, en una ubicación específica cuya determinación puede ocasionar el éxito de la operación de franquicia.

f) METODO OPERATIVO.- Un rasgo típico de los métodos de franquicia se basa en la asistencia que el franquiciante le provee al franquiciado, y aunque dependiendo de los límites fijados en el contrato, esta asistencia suele estar plasmada en un Manual Operativo, en el cual se establecen los modos de cooperación e interacción entre el franquiciante y el franquiciado.

Generalmente esa asistencia no consiste únicamente en el entrenamiento del personal administrativo, sino que también se extiende al asesoramiento para la elección del local de la franquicia, la provisión de las especificaciones para los locales o aun su construcción, el asesoramiento para su equipamiento, la provisión de métodos contables, la guía en la selección de trabajadores, así como también la periódica actualización de esta asistencia prestada al inicio del contrato.

ELEMENTOS ALTERNATIVOS: Estos elementos, son aquellos que generalmente están presentes y completan la caracterización del contrato:

a) COMPROMISOS DE ASISTENCIA FINANCIERA.- El franquiciado con el fin de obtener recursos financieros por el equipamiento de la franquicia o para concretar la adquisición de la misma requiere vincularse con un banco o alguna entidad financiera, para lo cual contará con el asesoramiento del franquiciante, quien no compromete capital propio en el negocio franquiciado.

b) CALIDAD DE SUMINISTROS.- Es obligación del franquiciado cumplir con los modelos de operación establecidos, la imagen y la calidad del negocio del franquiciante. Por eso, se ha de estipular en el contrato pautas rígidas respecto de los suministros que hacen al producto o servicio franqueados además de la apariencia física que deberán tener los locales, el uniforme de los empleados y su calificación, la calidad y especificaciones del producto vendido.

c) PUBLICIDAD.- La publicidad y las relaciones públicas marcan y colaboran con la imagen y la presencia del franquiciante. En el contrato de franquicia generalmente se establece qué publicidad estará a cargo del franquiciado y del franquiciante así como también la que estará a cargo de todos los franquiciados de una misma región, en forma conjunta.

d) CLAUSULAS DE NO COMPETENCIA.- Será necesario introducir en el contrato cláusulas de no competencia de manera que el franquiciado no podrá ingresar en negocios competitivos durante el término de la franquicia y por un periodo posterior a su finalización, con ello se beneficia el franquiciante y además se evitan actos de competencia desleal.

e) COMPRAS DE BIENES Y/O SERVICIOS.- El franquiciado tiene la obligación de adquirir los productos determinados por el franquiciante, pero se establecerán en el contrato cuáles son sus restricciones respecto a las compras de bienes o servicios, como por otra parte, el límite respecto a la cantidad de productos.

f) CONFIDENCIALIDAD.- El franquiciado tendrá acceso a la información confidencial del franquiciante respecto de la administración empresarial y prácticas operacionales que hayan sido desarrolladas por éste que no puede ser revelada a terceros, incluso por un plazo razonable posterior a la conclusión del contrato. Es por ello, que se establecerá en el contrato la obligación de reserva o secreto por parte del franquiciado.

Estos son los elementos que configurarían el contrato de franquicia, sin embargo, según Juan M. Farina (1999), en su libro Contratos Comerciales Modernos "Modalidades de Contratación Empresarial", es necesario se tener en cuenta los siguientes aspectos que no siempre son contemplados al momento de firmar un contrato de Franchising, por lo que se requiere enfatizar:

a) exclusividad territorial tanto para el franquiciado como para el franquiciante dentro de la zona que se determine;

b) posibilidad o no de subfranquicias;

c) duración del contrato, aunque se dan casos de contratos sin fijación de plazo;

d) mínimo de ventas que deberá conseguir el franquiciado dentro de los periodos previstos;

e) fijación del precio de los productos que suministrará el franquiciante al franquiciado cuando exista obligación de suministrar;

- f) derechos que concede el franquiciante al franquiciado: licencia de marca, prestaciones de *know how*, suministro de productos, instrucciones técnicas, sistema de comercialización y, en su caso, asistencia técnica;
 - g) autorización al franquiciado y a la vez obligación de éste para el uso de nombres, emblemas, colores, etc.;
 - h) pagos del franquiciado al franquiciante, según el tipo de franquicia;
 - i) el franquiciante proporciona manuales que detallan sistemas y procedimientos de operación y proporcionan especificaciones sobre: relación con terceros; publicidad y promoción; diseño y construcción del local; muebles, útiles y enseres; equipamiento en general; controles contables sobre la actuación del personal, el pago de impuestos, listas de productos y precios; relaciones con el personal dependiente; contratación y pago de seguros; entrenamiento para *el franchisee* y su personal, etc.;
 - j) el contrato puede prever el desarrollo de una campaña nacional, regional o local de publicidad y promoción;
 - k) *el franchisor* puede suministrar productos o servicios, o ambos, *al franchisee*;
 - l) Generalmente el franquiciante limita la elección del lugar para ubicar el establecimiento, pues se procura una zona adecuada para la mayor y mejor venta del producto, y;
 - m) es prudente que se prevean las condiciones para la renovación o extinción del contrato, y sus causales. (pp. 485 - 486).
- (Ver Anexo 1)

2.1- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Los contratos de franquicia están basados en la voluntad de las partes y ello conlleva a que las partes puedan incluir una gran variedad de cláusulas, en función de los países en los que se celebre ya que la regulación nacional puede variar. (Farina, 2005) define a las partes contractuales de la siguiente manera:

“franquiciante (franchisor) a quien detenta la marca y el know-how de comercialización de un determinado bien o servicio, cediendo contractualmente los derechos de reventa y uso y proveyendo asistencia en la organización, gerencia y administración del negocio para los franquiciados (...) franquiciado (franchisee) a quienes adquieren contractualmente el derecho de comercializar el bien o servicio dentro de un mercado exclusivo, utilizando los beneficios de la marca y el apoyo para el gerenciamiento del negocio que intenta replicar”.

(p. 225).

2.1.1. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIANTE:

Cada contrato estipula que cada una de las partes debe cumplir con determinadas obligaciones y en lo que al contrato de Franchising se refiere, el Franquiciador está obligado a:

- Disponer de una marca, producto o servicio debidamente registrado e introducido en el mercado con éxito probado y que pueda ser fácilmente transmisible, de manera que el consumidor identifique rápidamente el producto o servicio que el tomador de la franquicia va a explotar, para darle relevancia dentro del ámbito geográfico de su explotación.

- Transmitir el *know how* de la franquicia a sus franquiciados. La transmisión del *know-how* inicial se hará, usualmente, mediante la entrega del manual operativo de la franquicia y la prestación de la asistencia primera prevista en el propio contrato a tal fin. La del *know-how* permanente se traduce, más propiamente, en una obligada asistencia permanente.

- Contar con la infraestructura suficiente para proporcionar el servicio adecuado a las necesidades. En varios casos, el franquiciante proporciona asistencia para la elección del lugar de explotación de la franquicia, así como en el diseño e incluso en la ingeniería respectiva.

- Estar asesorado permanentemente de los últimos avances, tanto a nivel técnico como de marketing.

- Saber evaluar las diferentes zonas geográficas.

- Capacidad financiera y solvencia profesional.

- Disponer de tiendas piloto, como mínimo tres, que demuestren la rentabilidad de la franquicia al franquiciado.

- Tener el correspondiente package o manual operativo, que garantice el éxito comercial y económico de la transacción.

- Proporcionar exclusividad de zona.

- Que facilite, sin ninguna reticencia, la lista completa de sus franquiciados.

- Que su rentabilidad no dependa exclusivamente de los cánones de adhesión o de la venta inicial de maquinaria.

- Que la actividad que desarrolla se sitúe en un mercado en expansión y duradero y no esté basada en una demanda temporal, moda pasajera o cotice a la baja.
- Que su concepto se adapte plenamente a la demanda de un *target* amplio.
- Que lleve a cabo una selección esmerada de sus franquiciados y opere un crecimiento ajustado a sus medios.
- Que dedique esfuerzos potentes para incrementar la notoriedad de su marca.
- Que garantice a sus franquiciados unos servicios permanentes de seguimiento, comunicación interna, investigación, apoyo y marketing.
- Que su contrato respete el equilibrio entre las partes y defina claramente las reglas de juego.
- Y, por último, que asuma en todos los terrenos un compromiso total con sus franquiciados.

2.1.2. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO:

Las obligaciones del franquiciado dentro del contrato de franchising se pueden resumir en las siguientes:¹⁰

- Disponer de un local adecuado para desarrollar la actividad comercial. Debe comprar las maquinarias o equipos que le sugiere el otorgante y reproducir las instalaciones que éste le recomienda.
- Tener solvencia económica y abonar las cantidades económicas pactadas en lugar y tiempo. Debe pagar una suma fija al inicio y una regalía mensual sobre sus ventas o ingresos al otorgante. Además, debe pagar un derecho por el uso de la marca.
- Disponer del equipo humano.
- Capacidad de entusiasmo y entrega frente a la experiencia que, dependiendo de los casos, llega a no ser necesaria.
- Respetar las directrices marcadas por el franquiciador y que fueron recogidas en su momento en el contrato y en el *package*.

¹⁰ <http://www.marke0ting-xxi.com/obligaciones-del-franquiciador-y-del-franquiciado-74.htm>

- Entender perfectamente el espíritu del sistema de franquicia y adaptarse plenamente a la filosofía y a la identidad corporativa de la misma, asumiendo un compromiso personal tanto con las normas como con la disciplina.

- Seguir la política comercial de la red, común a todos los franquiciados.
- Disponer de la organización necesaria para prestar servicio, tanto a la actividad propia de la franquicia como a lo demandado por el franquiciador y que en su día fue recogido en el manual del franquiciado.

- Que dedique, al igual que el franquiciador, esfuerzos patentes para incrementar la notoriedad de la marca franquiciada.

- Adquirir ciertos productos, ingredientes o elementos en una central de compras, o a suministradores aceptados o impuestos por el franquiciador, con el pretexto de preservar la calidad y asegurar uniformidad en su presentación.

- Como se trata de un sistema basado en la colaboración, el franquiciado deberá cumplir las directivas impartidas por el franquiciador en todo cuanto se refiera al tipo y presentación del establecimiento, su equipamiento, calidad de los productos, etc.; y también referente al personal y a su formación, esto último, especialmente en el franchising de venta directa al público y en el de servicios.

- Informar periódicamente al franquiciador de la gestión que está llevando a cabo y le suministre los datos estadísticos sobre el desarrollo de su negocio, pues ello permite a este último el seguimiento de los resultados y el control del funcionamiento de toda red.

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

- Que sus relaciones con el franquiciador estén basadas en la honestidad de sus acciones y en un trato de mutua confianza.

- Y, por último, contribuir al éxito de la red estudiando y resolviendo conjuntamente con el franquiciador los problemas que pueda.

2.2- FORMAS O TIPOS DE FRANQUICIAS

En el primer capítulo se establecieron las diferencias entre la franquicia comercial o simple y el business format franchising. Sin embargo, estas formas de franchising se clasifican así en

razón de su objeto y, siguiendo lo que Zullo (citado en Farina 1999) dice, se resumirían así: **a) "FRANCHISING" DE PRODUCTO Y MARCA REGISTRADA**, cuando la franquicia se limita a la distribución y venta de productos con marca registrada (product franchising); **b) NEGOCIO LLAVE EN MANO O PAQUETE**, cuando la franquicia consiste en la habilitación de una unidad completa de comercialización y explotación (business format franchising).

La Corte de Justicia de la Unión Europea establece tres distinciones, entre franquicia de servicio, de producción y de distribución. *“Los contratos de franquicia de servicio son aquellos en virtud de los cuales el franquiciado ofrece un servicio bajo la enseña, marca y nombre comercial del franquiciador, conformándose sus directivas. En la franquicia de producción o franquicia industrial el franquiciado fabrica productos que vende bajo la marca del franquiciador. En la franquicia de distribución, el franquiciado se limita a vender ciertos productos en un negocio que lleva la enseña del franquiciador”*.¹¹ La Unión Europea ha legislado al respecto, agrupando los convenios de franquicia de productos o servicios ofrecidos bajo el business format franchising, dejando el franchising industrial o de producción para ser regulado en el futuro.

kahn Michel, (citado en Farina, 2005), ha llegado a admitir cinco tipos de franquicia diversos:

a) Franquicia industrial (entre dos industriales, por ejemplo Coca Cola o Pepsi Cola), y sus denominadas embotelladoras.

b) Franquicia de distribución (productor/comerciante mayorista; productor/comerciante minorista; comerciante mayorista/comerciante minorista, por ejemplo: la franquicia que celebran las empresas petroleras con los expendedores de combustibles).

c) Franquicia de servicio, mediante la cual se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas (Ej: Hertz, Avis, Rentacar)

d) Franquicia hotelera (Ej: Holiday Inn, Hilton, entre otros).

e) Franquicia de capitalización (en realidad es poco frecuente, en la que la acumulación de stocks significa una ganancia de valor, por ejemplo: numismática).

Existe otro modo de subdividir las franquicias, de acuerdo a un autor italiano, Aldo Frignani (citado en Farina, 2005), quien identifica:

a) Franquicia Convencional, en la que el franquiciado tiene el derecho exclusivo de vender el producto o servicio del franquiciador dentro de un área específica. La franquicia convencional según este autor, se divide a su vez en dos categorías:

1) Franquicia territorial, en la que se permite la subfranquicia.

¹¹ Farina (2005), Contratos Comerciales Modernos. Argentina

2) Franquicia operativa, donde el franquiciado, está limitado a vender los bienes o servicios ofrecidos por el franquiciador; no puede concluir contrato de subfranquicias.

b) La franquicia Itinerante, en la que el franquiciado siempre dentro de un territorio determinado pero sin constituir un punto fijo de Etna sino moviéndose por medio de vehículos comprados o alquilados.

Según mi criterio, creo que innumerables formas de franquicias se podrían enumerar ya que las diversas legislaciones y en general, la doctrina prevén varios criterios, sin embargo, la primera clasificación es la que abarca a todas las demás, ya que el business format franchising y los hoteles representan la forma de duplicación de un negocio y las otras, franquicias de producto o de distribución comercial, se asemejan a formas de distribución comercial, sea en su sentido propio o incluso como concesión comercial. Sin embargo, según Fernando Sánchez Calero (1991) jurídicamente, las legislaciones han reconocido al sistema contractual de franquicia como mixto, catalogándolo como una adición o afinidad en un solo contrato, con diversas formas contractuales.

En relación a lo expresado en líneas anteriores, dependiendo el objeto del contrato de franquicia, se pueden mencionar la existencia de los siguientes tipos de contrato:¹²

- Contrato de licencia de marca.

- Contrato de licencia de *know how*.

- Contrato de distribución exclusiva.

- Contrato de compra exclusiva.

- Contrato de aprovisionamiento.

- Contrato de prestaciones.

2.3.- PLAZO

El franchising a más de ser un contrato atípico, innominado, tiene rasgos importantes que destacar respecto de sus elementos. El plazo constituye uno de ellos, ya que las partes pueden o no establecer un término fijo de duración del contrato y en razón de que no se concibe que las partes celebren un contrato a perpetuidad y queden ligadas a él ilimitadamente, si el contrato no estipula un plazo, cualquiera de ellas puede rescindir el contrato en cualquier momento. Se puede decir que como regla general, ambas partes

¹² Cabrera A.G. (2012). "El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa". Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito - Ecuador

buscan recuperar la inversión inicial hecha, por un lado el franquiciador por haber establecido su sistema y el franquiciado por haber establecido el local de la franquicia, por lo que buscarán entonces celebrar un contrato de plazo lo suficientemente largo para lograr dicho fin. Sin embargo, en algunos países las autoridades locales al constatar plazos largos, los pueden rechazar por considerarlos excesivos, por ejemplo si exceden los diez años o aún los siete; por ello en una nueva relación a menudo es preferible establecer un plazo mediano que pueda ser renovado.

En nuestro derecho al igual que casi toda América Latina, esto se le considera como un efecto de autonomía de la voluntad, es decir, el hecho de que las partes pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo está permitido en virtud de dicho principio. Sin embargo, dada la falta de legislación específica, en este tema se debe andar con cautela y actuar bajo el principio de buena fe.

Por otra parte, considerando la evolución de la franquicia comercial, si se permite celebrar un contrato con una duración excesiva, por ejemplo veinte años, tal vez no resulte muy conveniente ya que, al cabo de un tiempo el sistema sufrirá cambios y no existirá un medio viable capaz de actualizar ese contrato. En definitiva, lo aconsejable según varios doctrinarios es celebrar un contrato con un plazo de duración entre dos y cinco años según la índole de negocio, considerando varias opciones para renovarlo por igual período de tiempo, incluso se podría establecer que se lo haga en forma automática. Como se ve existe una tendencia cada vez mayor hacia la renovación, y es que su uso se lo concibe como una oportunidad para actualizar el contrato de franquicia comercial, por lo que en cada renovación que haya se redactará un contrato que refleje los cambios o innovaciones en la tecnología, la economía, la competencia, la legislación y las especiales circunstancias de la zona de la franquicia.

Esto no obsta que en algún momento podría surgir el problema del franquiciador que se niega a renovar el contrato al vencimiento del plazo inicial de duración, sin tener una razón para ello. La legislación de los Estados Unidos, en general concibe que:

“El franquiciante debe renovar su contrato al vencimiento de su plazo inicial, a menos que demuestre tener razones valederas para no hacerlo. Se interpreta que son razones valederas causas graves, tales como que el franquiciado haya dejado de cumplir con una o algunas de las disposiciones o cláusulas esenciales del contrato. En cambio en la legislación europea la falta de renovación es considerada como el ejercicio legítimo de un derecho contractual y por ello, con la excepción de Bélgica, en que la situación es incierta, la falta de renovación no trae aparejado ningún resarcimiento”.
(Farina, 2005, pp. 221-223)

Esta última solución es aplicable a nuestro derecho, en el que prima el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual.

2.4.- REMUNERACIÓN

En el contrato de franquicia según lo explicado en párrafos precedentes se debe pactar y establecer alguna forma de retribución por parte del franquiciado al franquiciador por todos los servicios y la asistencia que éste le prestará durante toda la vigencia del contrato. Generalmente, el franquiciado se obliga a pagar una suma fija de dinero al franquiciador al inicio de la relación y una regalía mensual durante su transcurso.

En casi todas las definiciones legales de la franquicia se menciona el pago de un derecho de entrada o regalía inicial pero eso no quiere decir que exista una uniformidad respecto a la remuneración que el franquiciado debe pagar a la otra parte sino por el contrario, ella varía de país en país y también según la modalidad que adopte el contrato. Así, por ejemplo la ley de franquicia de Alberta, en Canadá establece que:

“El precio de la franquicia es todo pago pactado por el otorgamiento de un contrato de franquicia y todo pago por bienes o servicios, o todo servicio que el franquiciado se obliga a prestar, o toda garantía exigible al franquiciado a discreción del franquiciador por el derecho a ingresar en el negocio de la franquicia. Del mismo modo la ley de inversiones de franquicia de California establece que el precio de la franquicia es todo pago que el franquiciado debe pagar por el derecho de ingresar en el negocio de la franquicia, incluyendo, a título enumerativo, todo pago por bienes o servicios”. (Farina, 2005, pp. 222-223)

En los contratos internacionales de franquicia se establece el pago de una variedad de retribuciones al franquiciador por parte del franquiciado, a saber: a) una suma inicial para ingresar en el sistema; b) regalías o pagos periódicos por servicios; c) pagos a cambio del entrenamiento del franquiciado por parte del franquiciador; d) tarifas suplementarias por otros servicios, tales como servicios de auditoría e inspecciones, asistencia en la administración, consultas, publicidad, entre otros. Sin embargo, el franquiciado puede comprometerse además a efectuar al franquiciador o aun afiliado de éste, ya sea en el contrato o por necesidades prácticas, pagos que no son partes del precio de la franquicia como por ejemplo: el pago por alquiler del inmueble o por el equipo que le entrega el franquiciador al franquiciado, el pago por depósitos de seguridad, cargos por teneduría de libros o pagos por servicios de personas al establecerse en el negocio, entre los principales.

Existe una gran variedad de aspectos a considerar para determinar el monto de cada una de estas categorías. El monto inicial de la franquicia (*droit d'entree*) que se paga para iniciar la relación contractual, se fija generalmente en una suma de dinero que se caracteriza por no ser reembolsable excepto en caso de terminación de la franquicia antes de que ella comience a operar (por ejemplo la terminación durante el período de entrenamiento). El monto se establecerá bajo el principio de igualdad para todos los franquiciados pero podría variar de acuerdo con las particularidades del mercado o la población del territorio del franquiciado. La cantidad o el precio lo fija el franquiciador basándose en la capacidad del mercado, en el nombre y prestigio de la franquicia, el desempeño comercial que ha tenido en el pasado y la rentabilidad promedio de la franquicia. Se recomienda ser cauto y conservador al iniciar un sistema de franquicia, luego de la experiencia piloto, para dejar crecer el sistema antes de hacer un lucro rápido y que quizás al final resulte pasajero.

Sin duda, el ingreso más importante para el franquiciador consiste en las regalías periódicas que se pagan como un porcentaje sobre los ingresos, por lo que se debe dejar expresamente definido el monto base para tales cálculos a la hora de celebrar el contrato. A veces consiste en un canon establecido mensualmente, pero en general se trata de un porcentaje. De todas la maneras *“para calcular dicho porcentaje, se dice que el modo menos problemático es calcularlo sobre la base de los ingresos brutos del negocio, evitando en consecuencia las disputas sobre el cómputo de los ingresos netos”*. Sin embargo, el pago de las regalías genera algunos problemas cuando está presente un subfranquiciador o master franchisee; es decir, la persona a quien el franquiciado por disposición del franquiciador contrata con el fin de expandir la franquicia dentro de un mercado extranjero, generalmente. El subfranquiciador (master franchisee) recibe del franquiciador todo lo necesario para dirigir el negocio (know-how, marcas, nombre comercial, asistencia, etc) y como contraprestación actúa como un sustituto del franquiciador principal. El problema de las regalías consiste entonces en determinar si el subfranquiciado debe pagar directamente al franquiciador principal o a través del subfranquiciador. (Farina, 2005, pp. 221-223)

Para Gasta Olivier (1983, citado en Farina, 2005), *“El subfranquiciado debe pagar al subfranquiciador, quien a su vez remite la suma al franquiciador principal, reteniendo un cierto porcentaje establecido por contrato”*. Sin embargo, esta opinión no es uniforme ya que los términos y los métodos de pago pueden variar considerablemente de acuerdo con las necesidades de las partes y de la legislación aplicable y a pesar de que se puede estipular en el contrato pagos directos por adelantado, cartas de crédito y otros acuerdos, resulta que en muchas ocasiones el sistema de control de cambios o los principios de tributación alteran forma de retribución entre franquiciador y subfranquiciados.

CAPITULO III

FRANCHISING EN EL DERECHO COMPARADO

3.- CONCEPTO DE "FRANCHISING" EN LA PRÁCTICA MERCANTIL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, UNION EUROPEA Y AMÉRICA LATINA.

En la práctica mercantil de los Estados Unidos de Norte América, de acuerdo a lo que explica Siegel (citado en Farina 1999), existen tres sistemas de franquicias y a pesar de que todos llevan el nombre de franquicias, funcionan de manera diferente: a) una clase integra a los fabricantes que usan las franquicias como una manera de distribuir sus productos; b) otra advierte a empresas mayoristas que venden productos a franquiciados que, los revenden al por menor, y c) el sistema más usual de todos, el que correspondería al franchising en sentido estricto, para diferenciarlo de la concesión propiamente dicha, donde el franchisor ofrece su nombre, una imagen y un método estandarizado de hacer negocios, por ejemplo: McDonald's, Kentucky Fried Chicken, Gallery of Homes, etcétera). Varios franchisees brindan más servicios que productos, como las agencias para selección de personal o de asesoramiento a cargo de expertos en tasas de impuestos, por ejemplo. Estos franchisees ofrecen o venden experiencia, nombres establecidos, marcas o métodos para hacer negocios. En el caso de los inmobiliarios, generalmente quien se postula para franchisee tiene ya su agencia. Su atracción radica en sus avisos comerciales a nivel nacional y en la acción de servicios, también a nivel nacional.

Según lo manifiestan Burlas y Cousó, (citados en Farina 1999) en los Estados Unidos para la Asociación Internacional de Franquicia, este contrato se trata de un método para la comercialización de productos o servicios. Al respecto manifiestan:

“Una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciador y un franquiciado, en la cual el franquiciador ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el know how y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método o procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciador, y en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio y con sus propios recursos”. (p. 480)

Con estos antecedentes, los mismos autores citados definen al franchising o franquicia comercial como:

“El contrato basado en una relación de cooperación permanente por el cual una de las partes (franquiciador, otorgante o franchisor), titular de un nombre comercial, de una marca o signos distintivos, de diseños o emblemas con que identifica su empresa o negocio, otorga a la otra (franquiciado, tomador, franchisee) un conjunto de derechos que lo facultan para vender, y/o distribuir y/o explotar comercialmente a su propio riesgo, en un lugar o territorio preestablecido, uno o varios productos y/o servicios, amparándose no solamente en la marca con la que el otorgante identifica sus productos, sino también en la imagen comercial y en los métodos operativos que utiliza. El tomador se encuentra sujeto a instrucciones y controles por parte del otorgante que garanticen el cumplimiento del sistema y el éxito del negocio. Como contraprestación, el tomador debe abonar una suma inicial determinada y una serie de importes sucesivos también predeterminados durante toda la vigencia del contrato”. (p. 481)

A nivel Europeo, no existe en la doctrina un concepto único respecto a la franquicia. La legislación española, define a la franquicia como sistema comercial en la Ley de Ordenación de Comercio Minorista de España Ley 7/1996, del 15 de enero, en su artículo 62, cuyo desarrollo está establecido en el reglamento que para el efecto se dictó. A pesar que esta ley sólo dedica un artículo para definir la actividad comercial dentro del régimen de franquicia, en su párrafo primero establece:

1. *“La actividad comercial en régimen de franquía es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por la que una empresa denominada franquiciadora cede a otra denominada franquiciada, el derecho de explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”.*

La actividad comercial del régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de franquiciadores, está regulada por el Real decreto 201/2010 de 26 de febrero, cuyo objeto es establecer las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias así como regular el funcionamiento y organización del registro de franquiciadores previsto en la Ley 7/1996, citada en el párrafo precedente.

Enfocándonos un poco en el sistema jurídico anglosajón, el Reino Unido no ha adoptado todavía ningún tipo de legislación específica respecto del franchising como en otros países de la Unión Europea que se basan en el Código Deontológico promovido por la Federación Europea del Franchising desde 1972. El citado Código Deontológico, resultado de la experiencia y de los trabajos de la Federación Europea del Franchising y de sus miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Italia, Países Bajos y

Portugal) de común acuerdo con la Comisión de la Unión Europea define a la Franquicia como:

*“un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente independientes, el Franquiciador y sus Franquiciados, en la cual el Franquiciador otorga a sus Franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto (conjunción original de tres elementos: a) La propiedad o el derecho de uso de símbolos: marca de fábrica, marca comercial, marca de servicios, distintivos, razón social, nombre comercial, signos y símbolos, logotipo, etc; b) El uso de una experiencia, de un "saber hacer"; y, c) Una serie de productos, de servicios y/o de tecnologías patentadas o no, que habrá concebido, puesto a punto, concedido o adquirido) del Franquiciador.”*¹³

La importancia del Código Deontológico a nivel comunitario europeo viene dada, precisamente, porque no es una norma jurídica sino un instrumento que determina la forma que deben tomar las relaciones entre ambas partes para un buen funcionamiento del acuerdo que firmarán. La definición dada por la Federación Europea es la siguiente:

*“Se trata de un sistema de colaboración entre dos empresas distintas y jurídicamente independientes, ligadas por un contrato a través del cual una de ellas, el franquiciador, concede a otra, el franquiciado, el derecho de explotar en unas condiciones preestablecidas y bien determinadas, un negocio concreto (marca, fórmula comercial, producción,...) materializado con un emblema específico, con carácter exclusivo dentro de un determinado ámbito geográfico y asegurando la prestación de una ayuda y unos servicios regulares, necesarios para llevar a cabo la explotación”.*¹⁴

Esta definición, que presenta los principales puntos que dan forma a este sistema, coincide con la establecida por la Cámara de Comercio Internacional y adoptada por el Consejo de Europa, aunque en esta última sí se menciona el pago del canon que el franquiciado debe

13

http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf

¹⁴ <http://www.franquicia.net/montar-una-franquicia/que-es-una-franquicia>

hacer por el derecho que le es concedido a usar la marca o fórmula comercial del franquiciador. Por su parte, el Comité Belga de la distribución ofrece la misma definición que la Federación Europea de Franchising.

A continuación me permito citar otras definiciones que considero relevantes respecto del concepto de franquicia:

- La Comisión de la Unión Europea indica que por franquicia se entenderá como:

"Un conjunto de derechos de propiedad intangible relativos a marca, denominaciones comerciales, rótulos, modelos, diseños, derechos de autor, "Know-How" o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales, y que incluye, por lo menos: el empleo de una denominación o rótulo comercial y una presentación uniforme de las instalaciones contractuales, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un Know-how sustancial, que pueda conferir a este una ventaja comparativa, y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo".¹⁵

- El Tribunal de primera Instancia de París, por Decreto del 28 de abril de 1978, establece que *"la franquicia es un método de colaboración entre una empresa franquiciadora, de una parte, y una empresa franquiciada de otra, cuyo objetivo es contribuir al desarrollo acelerado de las empresas contratantes, por medio de la acción común resultante de la conjunción de los recursos humanos y económicos, manteniéndose al mismo tiempo la independencia respectiva, en el marco de acuerdos de exclusividad recíproca".¹⁶*

Seguidamente, el decreto detalla los puntos más importantes que implica la franquicia, y que no ofrecen novedad alguna respecto a los mencionados anteriormente. Dicho decreto termina resumiendo la franquicia como *"una colaboración entre una marca y un conjunto de empresarios individuales que se constituyen en una cadena de distribución. Esta colaboración supone la solidaridad comercial entre ambas partes".*

- La Federación Francesa de la Franquicia, en su definición de la franquicia introduce que *"los productos de venta y/o servicios de la empresa franquiciadora se deben ofrecer de forma original y específica, y explotados obligatoria y totalmente según*

¹⁵ <http://ecyl.galeon.com/Franquiciador.htm>

¹⁶ <http://ecyl.galeon.com/Franquiciador.htm>

técnicas comerciales previamente experimentadas y constantemente puestos al día y controlados". (Rovira y Ordiñaga, 1988)¹⁷

Finalmente, a pesar que en el Ecuador no se haya adoptado una postura frente al franchising desde el punto de vista doctrinario, la legislación ecuatoriana reconoce la libertad contractual, en la cual se permite celebrar contratos estructurados por el ordenamiento legal, es decir, siempre que el objeto y la causa sean lícitos, y que los derechos y obligaciones constantes en el instrumento contractual no estén en contraposición con la constitución y la ley. El ejercicio del consentimiento para obligarse, o para ejercer derechos, debe ser la expresión de la voluntad manifestada de forma libre y voluntaria en el documento llamado contrato. De esta manera, el artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano¹⁸ manifiesta: *"Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; (...)"*.

Luego de analizar los conceptos recopilados en este acápite se puede dilucidar que para que el Franchising pueda operar, se debe contar con la intervención de dos o más sujetos contractuales con la expresa manifestación de voluntad y consentimiento para llevar adelante una modalidad de cooperación comercial, y sin pretender descartar las definiciones anteriores, la definición dada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT (citado en López Cabrera, 2012) me resulta la más acertada y completa por su ajuste a la realidad:

"Se lo encuentra como un contrato mercantil de colaboración empresarial, no formal, atípico, mixto, complejo, oneroso, bilateral, de adhesión y de tracto sucesivo. La característica de atípico está dada porque no se encuentra expresamente reglamentado por el legislador en ningún cuerpo normativo; son las partes las que por medio de lo estipulado en el contrato le hacen producir efectos legales y se obligan a cumplir ciertas prestaciones. Se determina que es mixto, en razón de que está constituido por la unión y adición de contratos de diversa naturaleza. La franquicia, desde luego, es un contrato oneroso, porque ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. Por la naturaleza jurídica de los sujetos intervinientes, este contrato es bilateral, porque por una parte hay un franquiciante y, por otra, un franquiciado, con lo que se concluye la existencia de dos sujetos contractuales, cuya intervención le da la naturaleza de la bilateralidad. Por último, el contrato de franquicia se considera de adhesión porque las cláusulas contractuales son redactadas por el franquiciante, quien es el propietario de la marca, de bien, del

¹⁷ <http://ecyl.galeon.com/FRANQUICIADOR.htm>

¹⁸ Código Civil. R.O. N° 46: 24-06-2005. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.

servicio, del know how, etc., que autoriza su uso a la otra parte llamada franquiciado, quien se adhiere libre y voluntariamente al texto íntegro del contrato".¹⁹ (p. 36)

3.1.- TRATAMIENTO Y DESARROLLO DE LA FRANQUICIA COMERCIAL EN LOS ESTADOS UNIDOS.

La legislación específica del sistema de *franchisee* es relativamente nueva en los Estados Unidos de América. Hasta la década del 70, lo que predominaba eran las reglas generales del derecho comercial, sobretodo, las normas sobre *antitrust* o contra el monopolio. En 1972, en California, apareció por primera vez una legislación específica dentro del Código de Corporaciones que introduce la *California Franchisee Registration and Disclosure Act*. Desde entonces, otros catorce Estados han legislado sobre la materia en forma similar. Por otra parte, alrededor de veintitrés Estados más han legislado acerca de la "oferta de negocios" (*business oportunity*), que en cierta forma comprende al sistema de *franchisee*.

A partir de la década de 1920, el Franchising apareció en los Estados Unidos bajo la modalidad de *product franchising*. En este sentido y luego de analizar las cláusulas de un *product franchising* o de una concesión comercial se podría decir que no existen diferencias de especie sino sólo de grado. La evolución del *product franchising* referido a la distribución de un producto o a la prestación de un servicio dio lugar al moderno *business franchising* o *format franchising*, que se la denomina franquicia de empresa con las características de la figura jurídica de concesión comercial. Los autores norteamericanos se resisten a dar una definición jurídica de franquicia. Sin embargo, a nivel federal y local se han desarrollado múltiples definiciones de franquicia como por ejemplo el adoptado por la legislatura de California:²⁰

"Franquicia: significa un contrato o acuerdo expreso entre dos o más personas en virtud del cual una persona es autorizada o le es concedida: a) el derecho de vender o distribuir bienes o servicios bajo un plan de comercialización o sistema prescripto en lo sustancial por el otorgante; b) la operación del negocio del tomador está básicamente asociada con una marca de comercio o un nombre comercial o una marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial, designando al otorgante o a su afiliada y c) el tomador debe pagar un derecho de franquicia directa o indirectamente". (Farina, 2005, p. 271)

¹⁹ López Cabrera A.G. (2012). "El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa". Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador.

²⁰ (Farina, 2005, p. 271)

La Comisión Federal de Comercio de los EEUU, elaboró la conocida *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures (the disclosure rule)*, que entró en vigor el 21 de octubre de 1979 y es considerada como una obra de fundamental importancia, no sólo por ser la primera en el mundo sobre la materia sino también por la influencia que ha ejercido sobre las legislaciones comparadas. La Ley en Estados Unidos define dos tipos de relaciones comerciales: las franquicias de productos y servicios y los contratos asimilados. Las primeras son caracterizadas por contar con los siguientes elementos: la distribución de mercaderías o servicios identificados, por la marca de fábrica del franquiciado; un control y una asistencia importante por parte del franquiciador, en lo concerniente al método de operaciones a seguir por el franquiciado; y la obligación de un pago al franquiciador por parte del franquiciado. En la Ley se establece la obligación de que el franquiciador suministre al eventual franquiciado un documento previo que proporcione información acerca del franquiciador, su negocio y las condiciones del contrato de franquicia, así como también copias del contrato propuesto. Eventualmente puede pedirse una información suplementaria, referente a los beneficios actuales y potenciales que disfrutará el franquiciado (*earnings daim document*). (Farina, 2005, p. 273)

La ley fue promulgada luego de un largo debate en el que se pusieron en evidencia las prácticas desleales relacionadas con las ventas de franquicias en general, independientemente del producto o servicio ofrecido. Se destacaron los factores que favorecen los abusos tales como: la asunción de significativos riesgos personales y financieros por parte de los franquiciados, la confianza que el franquiciado deposita en la pretendida experiencia y estabilidad del franquiciador, y el desequilibrio de información que se da entre las partes durante las negociaciones, de modo que el futuro franquiciado en muy pocas ocasiones accede a una información completa sobre los aspectos fundamentales de la relación propuesta o de los riesgos que asumirá. Con estos antecedentes y considerando las características del contrato de franquicia, el propósito de la ley es, pues, asegurar que el franquiciado cuente con una información veraz e indispensable antes de perfeccionar el contrato. Sin embargo, no se regula los términos sustanciales de la relación entre las partes, ni se exige registración ni tampoco aprobación alguna de los contratos. (Farina, 2005, p. 273)

Por lo tanto, todo franquiciador, según Farina (2005), debe proporcionar al eventual franquiciado un documento (*basic disclosure document*) que contenga la siguiente información:

- a) Identificación del franquiciador.
- b) Experiencia en los negocios de los ejecutivos y directores del franquiciador.
- e) Experiencia del franquiciador.
- d) Litigios anteriores del franquiciador.
- e) Concursos y quiebras del franquiciador.
- f) Descripción de la franquicia.

- g) Pago inicial requerido al franquiciado.
- h) Personas asociadas al franquiciador.
- i) Obligaciones de compra y alquiler que deberá asumir el franquiciado.
- j) Ingresos que recibirá el franquiciador en relación a las compras que efectúe el franquiciado.
- k) Acuerdos financieros.
- l) Restricciones relativas a la conducta del franquiciado en sus negocios.
- m) Participación personal requerida al franquiciado.
- n) Terminación, cancelación y renovación de la franquicia.
- ñ) Información estadística sobre el número de franquicias y el promedio de su terminación.
- o) Elección de área territorial.
- p) Programa de entrenamiento.
- q) Información financiera referida al franquiciante, en la mayoría de los casos, auditada.

Este documento (basic disclosure document) se proporcionará al franquiciado en el primer encuentro que se produzca con el fin de negociar la venta de la franquicia entre el eventual franquiciado y el franquiciador o, en su caso, el corredor de franquicias. En caso de incumplimiento se incurriría en una práctica desleal, acto sancionado por medio de un procedimiento administrativo en el cual el franquiciante deberá cesar y desistir en dichas prácticas; incluso condenas civiles de hasta 10.000 dólares por violación legal; indemnizaciones por rescisión o reforma del contrato, restitución del dinero, entregado a cuenta o depósito y el pago de daños. (Marzorati citado en Farina, 2005)

Por todo ello, según sostiene Marzorati, *“la ley federal norteamericana regula en realidad la oferta pública de franquicia”*. La ley federal lo que hace es establecer el mínimo de obligaciones a ser cumplidas por el franquiciante, pero ello, sin perjuicio de las disposiciones a nivel estadual y local le brindan protección adicional al franquiciado y regulan sus derechos sustanciales, en virtud de que los Estados que componen la Unión tienen facultades constitucionales de dictar normas sustanciales. Actualmente existen al menos 15 Estados que poseen leyes similares a la regulación federal y 17 Estados que exigen además la registración de los contratos. En numerosos Estados se permite el uso de un formulario conocido como *“uniform franchise offering circular”* (UFOC) como modo de cumplir con las obligaciones de información y registro locales. En este sentido, la Comisión Federal de Comercio se ha pronunciado en el sentido de que tal formulario otorga mayor protección al futuro franquiciado que es equivalente a la que exige la ley federal; en efecto, la Comisión permite su uso como modo de dar cumplimiento a los requisitos establecidos por ella. (Gast citado en Farina, 2005)

En el año 1978, el Congreso sancionó la Petroleum Marketing Practices Act, cuyo objeto, plasmado en su Art. I, es proteger a los vendedores de combustible contra la terminación

arbitraria de sus franquicias, buscando equilibrar la relación de poder económico entre las partes. Así, para dar por terminada la relación comercial, siguiendo lo que expone Farina (2005) se requiere que exista una justa causa (*good cause* o *just cause* o *adequate grounds*). Se consideran justas causas: el incumplimiento por parte del franquiciado de una provisión contractual que sea de significativa importancia para la relación de franquicia o de los esfuerzos de buena fe que debe hacer para cumplir las provisiones de la franquicia, o el acaecimiento de un hecho relevante para la relación de la franquicia como resultado del cual la terminación o no renovación sea razonable, o un acuerdo mutuo entre las partes (franquiciador y franquiciado) para terminar la franquicia o no renovarla.

De otro lado, según Finch Michel, (citado en Farina, 2005), la ley sujeta estas causales a ciertas condiciones, como por ejemplo limitaciones en cuanto al tiempo, evitando la terminación del contrato por eventos antiguos (*old events*). El franquiciante debe notificar al franquiciado su decisión de terminar o no renovar dentro de ciento veinte días del incumplimiento contractual o de ocurrido el hecho que motiva la rescisión del contrato, o dentro de ciento ochenta días del incumplimiento de sus deberes de buena fe para cumplir con las disposiciones de la franquicia. Además existe el requisito de razonabilidad, calidad que deben revestir los eventos en que pretenda basarse la terminación o renovación.

“Algunas leyes estatales prescriben que la falta de acuerdo respecto de cambios en la franquicia al momento de su renovación, al no ser aceptados por el tomador, son causales de cancelación anticipada con derecho a indemnización, salvo que la determinación del otorgante respecto de los cambios propuestos haya sido efectuada en el curso ordinario de los negocios y sea de buena fe”. (Farina, 2005, p. 277)

3.2.- TRATAMIENTO Y DESARROLLO DE LA FRANQUICIA COMERCIAL EN EL DERECHO EUROPEO.

Como consecuencia de su éxito en los Estados Unidos, la franquicia se expandió también por Europa, en un principio como dice Frignani (citado en Farina, 2005) como una forma de explotación del mercado europeo por los franquiciadores americanos (Coca-Cola, Hertz, Avis) y luego como un contrato celebrado sólo entre partes europeas (Prenatal, Pronuptia, Standa, Coin, Rinascente, Sarma, Nordsee). Las franquicias europeas están sujetas a la diversidad de leyes nacionales pero los miembros de la Unión Europea deben respetar a la par dichas normas también. Ningún país europeo cuenta con una legislación específica respecto del Franchising pero por otra parte, cada uno adapta el contrato a las necesidades de su mercado y al gusto de sus consumidores, así como también a las provisiones de su sistema legal en general.

En la actualidad se cuenta con la participación de la Federación Europea de Franquicia, además de asociaciones nacionales que tienen por objeto promover y desarrollar el contrato de franquicia en su ámbito. La Comisión de la Unión ha legislado sobre franquicias y cuenta con un Código de Ética para Franquicia, que suministra un marco recomendado para la conducta en las relaciones de franquicia dentro de la Unión Europea, es el conocido Código Deontológico. Este Código establece la conveniencia de que los contratos de franquicia sean redactados en forma clara en el idioma del franquiciado y que designen el contrato en cuestión, de modo de asegurar su buena ejecución. El Código además exige que se especifique en el contrato de franquicia, el método y condiciones de pago, la duración del contrato y las condiciones para su renovación, el tiempo de preaviso, los derechos del franquiciador, la definición de los derechos territoriales otorgados al franquiciado, las condiciones para la distribución en caso de terminación, los servicios que debe proveer el franquiciador, así como las obligaciones del franquiciado. (Farina, 2005)

La Unión Europea sancionó por vía de la Comisión Europea una exención en bloque para ciertos acuerdos de franquicia (excluyendo las franquicias industriales), que entró en vigor el 1 de febrero de 1989, exceptuando al franchising de las prohibiciones en materia de derecho de la competencia. De esta manera todo contrato de franquicia que se ajuste a la nueva normativa comunitaria, se considera que no infringe las normas sobre competencia de la Comunidad, por estar comprendidas en la excepción general prevista en el Art. 85, p. 3 del Tratado de Roma. (Farina, 2005)

a) ALEMANIA.- La República Federal y las entidades políticas que la componen no cuentan aún con leyes que regulen en forma específica el contrato de franquicia. En Alemania el contrato de franquicia es principalmente considerado una nueva forma de distribución, por ello le son aplicables las reglas concernientes a los distribuidores. En ausencia de toda provisión legal para distribuidores, los tribunales han aplicado por analogía, y excepcionalmente en diversos supuestos, las normas de los agentes de comercio contenidas en el Código Comercial alemán. Todo ello según Farina (2005), ha permitido configurar algunos elementos importantes de esta figura legal de la siguiente manera:

1) DURACIÓN DEL CONTRATO. No existiendo regulación sobre la duración del contrato, de tres a cinco años es un término apropiado para contratos tipo. En el caso de inversiones financieras muy importantes un término adecuado puede ser mayor.

2) CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA. La no competencia, que es el reverso de la exclusividad, durante la duración de un contrato es un elemento inherente a la lealtad del franquiciado al sistema y a sus obligaciones, y por lo tanto es lícita. Las cláusulas de no competencia luego de la terminación de los contratos sólo son admisibles de acuerdo con el

Tribunal Federal si no restringen el desarrollo de las actividades del franquiciado y siempre que no excedan los legítimos intereses del franquiciador. Con relación a esta jurisprudencia, una cláusula de no competencia sólo debería ser impuesta por un máximo de dos años y para un territorio determinado. La cláusula de no competencia puede incluir una cláusula penal, pero debe prever una compensación apropiada.

3) TERMINACIÓN. AVISO. REQUISITOS. Para el caso de la "terminación ordinaria" de un contrato de franquicia no se requiere justificar "justa causa" sino que basta con un aviso adecuado. El contrato también puede expirar simplemente al fin de la duración establecida si no se prevé renovación o si las partes no la convienen. Es efectivo también, aplicando las normas sobre distribución, indicar en el contrato ciertas circunstancias que sin ser razones importantes pueden dañar el buen funcionamiento del sistema y prever que permitan la terminación con preavisos más cortos. Una rescisión unilateral sin aviso por una razón importante es reconocida para todas las relaciones contractuales permanentes. Este concepto fue señalado por el Tribunal Federal (citado en Farina, 2005) en el caso del contrato de franquicia de Mc Donald: *"Para justificar la terminación sin aviso, debe haber independientemente de lo acordado y con respecto a las circunstancias especiales del caso y el interés de ambas partes-una falta a las obligaciones de tal grado que ponga en desequilibrio los objetivos empresarios del sistema"*. (p. 281)

4) INDEMNIZACIÓN POR LA TERMINACIÓN. El Código Comercial alemán otorga a un agente comercial el derecho a una indemnización por la extinción del contrato en razón de la pérdida de la clientela nueva que él consiguió en su gestión comercial. Una exclusión contractual de este derecho se tiene por no escrita. Debido a la falta de jurisprudencia respecto a la indemnización debida al franquiciado, la solución es incierta ya que, no existen precedentes jurisprudenciales en virtud de los cuales un franquiciador haya sido condenado aplicando, por analogía, los montos previstos para la ruptura injustificada del contrato de agencia. Tampoco hay indemnización de acuerdo con el Código Comercial, si fuera el agente de comercio quien terminara el contrato o si fuera imputable a él la razón por la que el contrato terminó.

El contrato de franquicia, como todo otro contrato, debe estar de acuerdo con los principios generales de la ley y del orden público. La expresión más general de este principio se encuentra en el Art. 242 del Código Civil alemán que dice que *"toda relación contractual debe estar de acuerdo con los principios de la buena fe"*. De lo contrario podrá ser anulada parcial o totalmente, de acuerdo con el Art. 139 del mismo cuerpo legal. En la práctica todos los contratos de franquicia (para cumplir con los requisitos de igual tratamiento de todos los franquiciados) se hacen sobre formas preestablecidas por el franquiciador. (Farina, 2005)

Los sistemas de franquicia están sujetos al control del Art. 6, segundo párrafo, de la ley

antitrust, en la cual se prohíbe a las empresas dominantes o grupos de empresas la obstrucción desleal, directa o indirecta, de otras empresas así como el trato diferente entre empresas similares sin que medie una razón justificada. La misma prohibición se aplica a empresas o grupos de empresas si los compradores o proveedores dependen de ellos para ciertos bienes o servicios. Así, en un sistema de franquicia, el franquiciante no puede discriminar entre los franquiciados individuales en lo que hace a precios o a cualquier otra condición sin una razón objetiva que fundamente un trato diferente. (Farina, 2005)

b) FRANCIA. En el año 1950 es cuando apareció la franquicia en Francia a través del sector de la distribución con las cadenas Prenatal, Phildar, Natalys, y desde 1960 con otras cadenas como Pronuptia, André et Simone Mahler. Sin embargo, su verdadero auge fue en el año 1970, con la fundación de la Federación Francesa de Franquicia (FFF), que agrupa a varios franquiciadores importantes. Hoy en día, la franquicia supera el 8 % de las ventas minoristas en Francia y alrededor de quinientas cadenas diferentes con veinte mil franquiciados. Sin embargo, la legislación francesa no regula la organización de franquicias. El 28 de abril de 1978, la Cámara de Apelaciones de París definió los contratos de franquicia destacando dos factores específicos: el *knowhow* y la asistencia. El *know-how* debe ser práctico, original, en constante desarrollo y fácilmente transmisible. (Farina, 2005)

El franquiciante debe brindar asistencia técnica al franquiciado, lo que constituye el rasgo principal de la franquicia y condice con la transmisión de *know-how*. El franquiciador asesora y ofrece su ayuda al franquiciado una vez establecida la franquicia, para la correcta ejecución del método en el que ella se basa. Respecto a la exclusividad territorial, ésta es recíproca, relativa a la provisión de productos o a la oferta de servicios. La reciprocidad asegura a ambas partes una garantía de no competencia y, el franquiciado se beneficia por la exclusividad territorial, siempre que sea la única persona que lo haga, aprovechará la marca, los letreros y la asistencia dentro del territorio. Dicha exclusividad también se refiere a la provisión de productos, constituyendo un factor esencial para ambas partes, tanto como lo es la clientela y la vida de la marca. (Guyénot citado en Farina, 2005)

c) INGLATERRA. El Reino Unido tampoco goza de una normativa referida específicamente al tema de la franquicia ni existe ningún fallo que trate de disputas entre franquiciador y franquiciado, excepto uno que se refiere a la cláusula de no competencia con validez posterior a la terminación del contrato. La Asociación Británica de Franquicia ha intentado establecer y mantener reglas de conducta para franquiciadores y ha establecido un esquema arbitral a ser aplicado por el Instituto de Árbitros. Sin embargo, la ley sobre competencia desleal del 1 de agosto de 1980 puede afectar a la franquicia en cuanto describe las prácticas desleales de la siguiente manera:

"Una persona incurre en una práctica desleal si, en el curso de un negocio,

sigue un curso de conducta que, por sí mismo o juntamente con otros cursos de conducta seguidos por personas asociadas a esa persona, tiene o intenta tener o presumiblemente tendrá el efecto de restringir, distorsionar o impedir la competencia en la producción, provisión o adquisición de bienes en el Reino Unido o la provisión de servicios en el Reino Unido".
(Farina, 2005, p. 285)

Si el director considera que alguien incurre en una práctica desleal, puede investigar la situación y publicar un informe. El director tiene facultades para obtener información y documentos relevantes para sus investigaciones, pudiendo informar a la Comisión de Monopolios, ya que es la que investiga y dictamina si la persona ha incurrido en una práctica desleal y si ésta va en contra del interés público. Aunque, de acuerdo con un conocido autor inglés no ha habido aplicaciones concretas de la ley de práctica desleal referidas al contrato de franquicia comercial. En realidad, desde su ingreso al Mercado Común, Inglaterra ha cambiado toda su política legislativa sobre competencia, dentro de las previsiones del Tratado de Roma. (Farina, 2005)

d) ESPAÑA.- A pesar del hecho de que la franquicia fue introducida en España más tarde que en otros países, es también cierto que al presente su difusión se ha incrementado y su uso es comparativamente superior al de otros países de similares características. España está considerada como uno de los mayores sitios en Europa en cuanto al número de negocios de franquicia, después de Alemania, Francia y el Reino Unido y a pesar de ello, el contrato de franquicia como institución jurídica no ha sido regulado aún por la legislación española ni ha habido un caso judicial que delimitara sus características. Sin embargo, este tipo de contrato es admisible en el derecho español según la premisa básica de que las partes son libres de pactar las estipulaciones que deseen, conforme al Art. 1255 del Código Civil español.²¹

Con estos antecedentes, se aplica por analogía la legislación general para contratos mercantiles y particularmente los fallos judiciales referidos a la distribución y a la licencia, puesto que éstos son los contratos más cercanos a la franquicia. Por otra parte, la introducción del contrato dentro de la normativa general ha generado problemas por la aplicación a ellos de las leyes antitrust, fiscales y laborales. La ley del 20 de julio de 1963,²² prohíbe toda práctica que surja de acuerdos, decisiones o acciones concertadas que tengan como objeto la prevención, distorsión o restricción de la competencia en el mercado.

La situación ha cambiado sustancialmente como resultado de la inserción de España en el

²¹ Código Civil español Art. 1255.- *"Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".*

²² Ley 20 de julio de 1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia

Mercado Común, puesto que este hecho la ha forzado a adaptar su legislación y su aplicación a la nueva realidad de la Unión Europea. Consecuentemente la ley del 20 de julio de 1963, está experimentando importantes modificaciones.

e) ITALIA. En Italia la franquicia es una forma de contrato que no está prevista por el Código Civil como contrato "típico". Un problema considerado por la jurisprudencia es el de la terminación del contrato: algún fallo parece proteger fundamentalmente al franquiciador, impidiendo al franquiciado el uso de la marca y del *know-how*. Otra decisión parece estar demasiado a favor del franquiciado, dándole derecho a vender el stock e inventario aun luego de la expiración del término del contrato. Otro punto de interés se refiere a la relación entre el contrato de franquicia y las reglas del Código Civil sobre competencia desleal y sobre la legalidad de las "cláusulas auxiliares" y la relación con la Constitución italiana. Puesto que Italia no tiene una ley nacional de competencia desleal, el impacto de ciertas cláusulas incluidas en contratos de franquicia sobre la competencia, debe ser necesariamente considerado a la luz de las normas pertinentes establecidas por la Unión Europea. (Farina, 2005, p. 288)

3.3 TRATAMIENTO Y DESARROLLO DE LA FRANQUICIA COMERCIAL EN AMERICA LATINA – ECUADOR.

La mayoría de los países de América latina cuentan con un marco no siempre propicio al franquiciador internacional debido a las políticas y prácticas que a menudo son restrictivas para cualquier negocio que implique el uso de marcas y la remisión periódica de divisas al exterior, en lo que se refiere al monto de regalías admitidas, períodos de pago, remesa de utilidades y otros aspectos significativos en las operaciones de franquicia. En países como Chile, Colombia, México, Ecuador y Perú las regalías están gravadas con un impuesto del 40% al 55%, mientras que en Venezuela el pago de regalías entre una subsidiaria y su casa matriz están prohibidas al igual que en Brasil, lo cual dificulta y limita la remisión de regalías. Con el fin de justificar las regalías, en muchos casos el franquiciador puede verse obligado a proveer detalladas informaciones al Banco Central del país del franquiciado. Como consecuencia, la franquicia comercial no ha tenido el desarrollo que los países industrializados han alcanzado. (Farina, 2005)

Cuando se trata de contratos de transferencia de tecnología suelen ser objeto de registración obligatoria. En México, el organismo encargado de regular los contratos que involucran una licencia, incluyendo los contratos de franquicia es el Departamento de Desarrollo Tecnológico, Patentes y Marcas. Dichos contratos requieren también la registración ante el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología. En Ecuador, al no estar regulado el contrato de franquicia, lo que se registra en cuanto a marcas, bajo el régimen de propiedad intelectual, se lo hace ante el Instituto de Propiedad Intelectual (IEPI).

En Centroamérica y Panamá, los contratos de agencia, distribución y representación están reguladas por una legislación con carácter proteccionista. La primera legislación de protección a los agentes, distribuidores y representantes, según lo detallado por Farina (2005), en su libro de Contratos Comerciales Modernos, entró en vigor en Panamá (decreto de Gabinete N. 344 del 31 de octubre de 1969 y decreto ejecutivo n. 9 del 7 de febrero de 1970, con disposiciones en desarrollo del decreto de gabinete mencionado), siguiendo posteriormente Honduras (decreto n. 50 del 13 de octubre de 1970), Costa Rica (ley 4684 del 30 de noviembre de 1970). El Salvador (decreto del Poder Legislativo n. 247 del 16 de enero de 1973, que sustituyó la Sección B - agentes y representantes- del Capítulo III, Título III; del Código de Comercio). Guatemala (decreto n. 78 del Congreso del 29 de setiembre de 1971) y Nicaragua (ley 287 del 2 de febrero de 1972 referida a "agentes, representantes y distribuidores de casas extranjeras"). (pp. 292-293)

Si bien es cierto que las legislaciones difieren entre sí en varios aspectos, sin embargo, siguiendo al mismo autor del párrafo precedente (2005), básicamente coinciden en lo siguiente:

- a) Establecimiento de causas legales justas, para dar por terminado un contrato de agencia, distribución o representación.
- b) Tales causas hay que probarlas ante los organismos competentes.
- c) De no existir tales causas, el principal o concedente tiene que otorgar una indemnización, fijada por la ley, al representante o concesionario.
- d) Mientras no se pague esta indemnización, los productos no se podrán importar (si son fabricados en el extranjero).
- e) El principal o concedente está obligado a adquirir los créditos e inventarios de productos del concesionario o agente, al terminarse el contrato, sin mediar justa causa, bajo las condiciones señaladas por la ley.
- f) El principal o concedente no puede nombrar otro agente o distribuidor mientras no pague la indemnización, o la deposite ante el organismo competente, en caso de demanda o reclamación.
- g) Los derechos concedidos por tales leyes son irrenunciables, aunque podría convenirse una transacción y siempre que sean celebradas ante el organismo competente.

La determinación de un término o plazo en los contratos no tiene relevancia jurídica alguna, salvo en el caso de Guatemala, cuya legislación prevé el vencimiento del plazo si lo hubiere como causa de terminación del contrato. En cambio, en las demás legislaciones los contratos forzosamente tendrán que ser renovados al vencimiento del plazo pactado, a menos que se pague la indemnización correspondiente por la casa principal o concedente. Sólo queda excluido de esta regla el caso de que el concesionario, representante o distribuidor no quisiera renovar, a su vencimiento, el contrato. La razón de esta legislación ha sido la defensa del distribuidor local frente a su concedente extranjero y la desigualdad

económica de las partes, que se buscó contrarrestar con la creación de un organismo que contribuya a tutelar los derechos de la parte considerada más débil. Farina (2005), considera que esta legislación puede aplicarse por analogía a los contratos de franquicia, por contener éstas cláusulas de exclusividad.

En el Brasil la franquicia comercial presenta un gran desarrollo. Existen empresas que aplican parcialmente el sistema, adaptándolo a las condiciones de mercado y las necesidades específicas de ventas, siendo común encontrar sistemas similares, entre los cuales se destacan dos grupos predominantes: aquellos que reconocen la actividad como una franquicia comercial, a pesar de que a veces no lo practican en su totalidad por deficiencias técnicas y operacionales y, aquellos que no poseen una visión global del sistema y lo ejecutan como alternativa de comercialización. La mayor parte de las empresas que utilizan el contrato de franquicia se encuentran en el primer grupo. La amplia aceptación del sistema de franquicia se hace evidente en la existencia de una Asociación Brasileña de Franquicia (ABF), cuya intención es apoyar la formación de nuevas empresas a través del sistema de franquicia comercial, y también para proteger al franquiciado. Para que una empresa pueda usar el símbolo de la ABF como aval de su negocio de franquicia, deberá estar en el ramo por lo menos desde dos años antes, y pasar las rigurosas averiguaciones de la comisión de ética de la entidad. (Farina, 2005)

En el Ecuador, nace en el año 2005 en la ciudad de Quito, la Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores (AEDEF), mediante un lanzamiento de Expo Franchise y la Primera Feria de Oportunidades de Negocio y El Comercio Asociado. Es una entidad sin fines de lucro, la cual tiene un reconocimiento internacional y un respaldo de asociaciones como la Federación Iberoamericana de Franquicias (FIAF), la Asociación Española de Franquiciadores (AEF), la Cámara Peruana de Franquicias, la Asociación Argentina de Franchising (AAF), la Cámara Chilena de Franquicias, la Cámara Venezolana de Franquicias (PROFRANQUICIAS) y la citada Asociación Brasileira de Franchising (ABF).²³ Su objetivo primordial es desarrollar y promover acciones que permitan mejorar las condiciones del sector Franquicias en Ecuador así como establecer normas que promuevan el profesionalismo de las empresas franquiciadoras y profesionales que participan en la industria de las franquicias en Ecuador, entre otras.²⁴

En cuanto al Ecuador, durante los últimos tiempos el país se ha beneficiado del ingreso de negocios similares a los que existen en otros Países, principalmente en los Estados Unidos. Se han abierto también negocios originarios de Colombia, Venezuela, Brasil, México, etc., con la singularidad de que son empresarios ecuatorianos o radicados en el Ecuador quienes han obtenido un permiso para operar dichos negocios. Este permiso es el conocido franquicia. También es conocido como franquicia el negocio en sí, el establecimiento que se

²³ López Guzmán Fabián, *“El derecho de empresa. La participación de los trabajadores. La cogestión”*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, Bogotá- Colombia.

²⁴ www.asofranquicias.com/objetivos.htm

ha abierto por permiso del dueño del concepto, con ciertas particularidades referentes al permiso para el uso del nombre de un establecimiento, sin embargo ese permiso no se refiere únicamente a eso sino abarca todo un sistema, también llamado formato de negocio. Jurídicamente, se trata de la Franquicia de Formato de Negocio.²⁵

El boom internacional de las Franquicias de esta clase se hace presentes como consecuencia de la marcada tendencia de la preminencia del comercio basado en la propiedad intelectual. El formato de negocios se caracteriza por contar con elementos como: el nombre comercial, las marcas que se utilizan, las patentes industriales, los secretos comerciales o industriales, los manuales de procedimientos o de operación. Incluso se puede hasta incluir programas de ordenador (software), diseños industriales y hasta música.

La Franquicia, según Leonidas Villagrán (2012), *puede incluir la distribución de productos por parte del franquiciador o por parte de los proveedores que se establezcan. Podría significar que el franquiciado sólo deba adquirir dichos productos de aquellas fuentes, so pena de incurrir en violación contractual*". Cardeleús (citado en López Cabrera, 2012) al referirse a este tipo de contrato lo considera que es complejo y lleno de multiplicidad. Lamentablemente, en materia de legislación, el tratamiento y desarrollo de esta figura contractual ha sido escaso o nulo, por lo que no existe una regulación a la relación contractual entre el franquiciador y franquiciado. Está claro que el Ecuador no cuenta con una legislación específica que regule las franquicias (como sí lo hay ampliamente en los Estados Unidos), y que la principal fuente de obligaciones proviene del convenio que suscriban las partes. Sin embargo, es obligatorio considerar y realizar cualquier acto bajo las normas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento, así como en las disposiciones que emane el IEPI (Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual) ya que lo que se concede o permite usar en este tipo de negocios, es justamente propiedad intelectual. Finalmente, otras normas jurídicas que deben tomarse en cuenta en este tipo de contrato son las provenientes del Código Civil y el Código de Comercio.

Actualmente, en el Ecuador, se cuenta con un Instructivo de Calificación y Aprobación de Franquicias, de una Resolución de la Empresa Nacional de Correos, publicada en el Registro Oficial N° 386 de 16 de febrero de 2011, en la cual establece el procedimiento para adquirir una franquicia y las políticas que rigen en materia de correos a nivel nacional, pero no la regulación de los derechos y las obligaciones entre los contratantes. Por otra parte, está presente la normativa internacional que brinda una pauta para poder iniciar un proceso

²⁵ Villagrán L. (2012). "ASPECTOS LEGALES DE LA FRANQUICIA EN ECUADOR", publicado en el sitio web: <http://ecuafranquicias.homestead.com/leonidasvillagran-aspectoslegales.html>

de regulación jurídica al contrato de franquicia en nuestro país, ella se plasma mediante la suscripción del Convenio de Inversión Extranjera con Italia, publicado en el Registro Oficial N° 537, de 4 de marzo de 2005, artículo 1, literales d) y e), referente a las inversiones que expresan:

*“(...) d) Derechos de autor, marcas comerciales, patentes, diseños industriales y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, know-how, secretos comerciales, nombres comerciales y clientela; e) Cualquier derecho económico al que tenga derecho por ley o bajo contrato y cualquier licencia y franquicia acordada de conformidad con las disposiciones vigentes sobre actividades económicas, incluyendo el derecho de exploración, extracción y explotación de recursos naturales (...)”.*²⁶

Finalmente, cuando se trata de las Franquicias de Formato de Negocios, si bien éstas suponen la obligación del Franquiciador de proveer asistencia técnica al Franquiciado, el know-how del manejo del negocio. Sin embargo, hay que tener en cuenta el ámbito laboral al momento del desarrollo de la franquicia en el Ecuador, ya que no se pueden dejar de lado las disposiciones del Mandato 8 aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente el 30 de abril del 2008, el cual prohíbe la tercerización en las actividades a las que se dedique la empresa. Esto podría implicar que las empresas que se configuren como franquiciantes deberán dedicarse a actividades de licencia de marcas y propiedad intelectual, y no al manejo y operación del negocio a franquiciarse. En todo caso, en Ecuador siempre el riesgo empresarial le compete al franquiciado, tema que será abordado en el capítulo siguiente.²⁷

²⁶ López Cabrera A.G. (2012). “El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa”. Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador.

²⁷ Villagrán L. (2012). “ASPECTOS LEGALES DE LA FRANQUICIA EN ECUADOR” publicado en el sitio web: <http://ecuafranquicias.homestead.com/leonidasvillagran-aspectoslegales.html>

CAPITULO IV LEGISLACIÓN APLICABLE

4.1.- RESPONSABILIDAD ENTRE LAS PARTES Y FRENTE A TERCEROS POR VICIOS O DEFECTOS DEL PRODUCTO OBJETO DE LA FRANQUICIA.

Dentro de la relación contractual del Franchising además de los efectos que se producen entre las partes, es decir, franquiciador y franquiciado, se generan una serie de responsabilidades respecto de sus actos pero, también está presente la posible responsabilidad del franquiciador, frente al consumidor, por hechos del franquiciado y en general la responsabilidad frente a terceros por vicios o defectos del producto objeto de la franquicia o por los servicios que se prestan. La responsabilidad entre las partes es contractual, sin que la circunstancia de estar frente a un contrato atípico altere los principios generales previstos en el Código Civil que cada país tiene, a pesar de que los artículos puedan variar. En suma, siguiendo lo que expone Farina (2005):

“El incumplimiento de una cláusula contractual, ya sea por dolo o culpa, que origine un daño genera responsabilidad hacia el co-contratante. También puede tener campo de aplicación la responsabilidad derivada de la llamada culpa precontractual o en la formación del contrato, que han admitido la doctrina y la jurisprudencia, particularmente en las condiciones de ofrecimiento de la franquicia, que deber ser muy específicas y amplias para evitar inducir a error al futuro franquiciado” (p. 240).

Con respecto a la responsabilidad frente a terceros, cobra especial relevancia en los supuestos en que media la provisión de un producto que no se ajusta a las condiciones de calidad y cantidad establecidas, o de un servicio que no cumple adecuadamente su finalidad. El aspecto más importante consiste en esclarecer si el franquiciante puede ser considerado responsable frente a un cliente del franquiciado en el caso de un producto defectuoso o de negligencia en la provisión de los servicios esenciales de la franquicia. Burlas y Couso, (citados en Farina, 1999), suman a lo expuesto otro supuesto, referente al prestigio de la marca y del nombre comercial, razón por la cual el público basado en la confianza acude hacia el franquiciado, sin preocuparse de que si el empresario es autónomo o no. Sin embargo, en principio, compartiendo la opinión de Farina (2005), el franquiciado actúa en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, por lo que sólo él, no el franquiciador, debería responder frente a terceros que han utilizado el servicio.

Se aplicarían pues los principios de la responsabilidad contractual entre el franquiciado y el tercero, en razón del contrato que celebraron entre sí. Sin embargo, este principio no puede ser absoluto, en razón de que el franquiciado actúa bajo la marca y las insignias del

franquiciador y ajustando su conducta a las directivas de éste. El citado autor en su libro *Contratos Modernos* (1999), se refiere a la existencia de una corriente doctrinaria y legislativa cada vez más importante que considera *“viable la extensión de la responsabilidad del franquiciado al franquiciante, en razón de que aquél desenvuelve su actividad bajo marca y emblema o insignias del franquiciante, con ajuste a métodos operativos y sistemas tecnológicos impuestos por éste”*. (p. 551).

Por otra parte, existen aspectos legales como las leyes que regulan la responsabilidad por el producto, los seguros, garantías y otros aspectos similares que pueden ser los asuntos más importantes de una operación de franquicia. En los países cuyas regulaciones son de carácter proteccionista o basadas en tutela de los derechos del consumidor, estas regulaciones extienden la responsabilidad al franquiciante, poniendo el acento en aspectos tales como el derecho que le asiste al consumidor a ser defendido, en atención a que los productos y servicios que utiliza se expenden o se prestan en locales con emblemas o insignias del franquiciante, en cuyo prestigio (más que en el del franquiciado) confía el consumidor o usuario. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esto aún no se da, debido a la falta de relación contractual entre franquiciante y consumidor, quien puede reclamar únicamente en el caso de vicio o defecto propios del producto.

Algunos países europeos son un ejemplo del desarrollo en materia de derechos del consumidor, que se plasman en nuevas leyes y nuevas interpretaciones, como por ejemplo, en Alemania, el consumidor, tiene la ventaja de tener que demostrar sólo el daño sin tener que probar que el fabricante es el causante, teniendo éste la carga de la prueba en contrario. En la Unión Europea, la protección de los derechos de los consumidores ha avanzado por adopción de las normas sobre responsabilidad por productos por parte del Consejo de Ministros. En cambio, en la legislación ecuatoriana y argentina sobre todo, el consumidor no tiene relación contractual con el franquiciante y tampoco puede, por ende, reclamarle, salvo en caso de vicio o defecto de la cosa y por aplicación de los principios de responsabilidad cuasi delictual, como me referí en líneas anteriores, ya que en el contrato de franquicia el franquiciador-fabricante no es el inmediato vendedor, su responsabilidad frente al consumidor o usuario no puede ser sino extracontractual. (Farina, 2005)

En el sistema francés, si el franquiciado no es persona física sino que se trata de una compañía, entonces el riesgo que corre el franquiciador cuando interfiere en la administración del franquiciado es el de ser considerado en la jurisprudencia francesa el verdadero administrador (*maître d'affaires*) de la compañía franquiciada, con todas las consecuencias que derivan de ello y en particular el resultar patrimonialmente responsable en caso de quiebra. América Latina y de manera particular en Ecuador basan su ordenamiento jurídico en que la responsabilidad hacia el consumidor, es en principio de quien opera la franquicia, es decir del Franquiciado. En todo caso la acción del consumidor

o usuario contra el franquiciante en forma solidaria o por vía directa, cabría cuando se pruebe que existe vicio de diseño o de especificación en la cosa transmitida, más no en razón de las normas y principios que gobiernan la franquicia, sino por leyes de tutela al consumidor o por aplicación de otras normas que persiguen idénticos fines. (Farina, 2005)

4.2.- "FRANCHISING" Y LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

La legislación antimonopólica y de defensa de la competencia son un avance en el ámbito jurídico a nivel internacional durante las últimas décadas así como también han abierto una nueva etapa en la que el derecho antimonopólico se haya ido extendiendo en los países en vías de desarrollo. Sin duda, el franchising o la franquicia comercial, puede afectar tanto al sistema de libre competencia como constituir un medio para la concurrencia desleal, por ello la importancia de analizar este tema.

El franchising, siguiendo a Juan M. Farina (1999), se mueve entre dos parámetros:

- a) Defensa de la competencia, que sanciona las posibles conductas abusivas del franchisor, y;
- b) Castigo a la concurrencia desleal en que puede incurrir el franchisee.

De manera global, diremos con respecto al primer parámetro que, las conductas antijurídicas son aquellas que tienen que ver con los *"actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia y aquellos que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general"*. (Farina, 2005, p. 252). Por su parte, el segundo aspecto se refiere a las sanciones de determinadas conductas que apunten a *"celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento"*. (Farina, 1999, p. 493)

Hay una pregunta frecuente respecto a este tema referente a si ***¿los diversos franquiciados de un mismo producto y marca, empresarios independientes, pero dedicados a idéntica actividad, son competidores entre sí?*** Los franquiciados sin duda son un pilar fundamental respecto del éxito del sistema del franquiciante, por lo cual, más importante que el éxito individual de cada uno, lo que verdaderamente le interesa al franquiciador son los resultados totales obtenidos por la cadena de comercialización montada. Por lo tanto, desde el punto de vista del franquiciante, los diferentes franquiciados no son competidores entre sí. Sin embargo, considero al igual que Farina (1999), lo siguiente:

"Los franquiciados que operan en una misma plaza o mercado son competidores entre sí; pero cada uno de ellos ha ingresado en el sistema"

con pleno conocimiento de su integración en una red cuyas reglas acepta sabiendo que de otro modo el sistema no puede funcionar.

Para los consumidores, todos los franquiciados forman parte de una cadena común que comercializa un producto idéntico, a tal punto que desconocen o no les interesa saber si se trata de un franchising o si se está utilizando otro sistema de comercialización. El cliente busca es una determinada calidad y tipo de producto o servicio que aparece identificado y garantizado por una marca y un sistema". (p.494)

4.3.- POSIBILIDAD DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL "FRANCHISING"

La posibilidad de que nos hallemos frente a un caso de competencia desleal tiene relación directa con el franquiciado, quien a su vez puede encontrarse en esa circunstancia con el franquiciante, no sólo mientras dura la relación contractual sino incluso una vez finalizada ésta. Dentro de las obligaciones contractuales del franquiciado según Cook- Iturralde (citados en Farina, 1999) es que no debe vincularse directa ni indirectamente con empresas competidoras del franquiciador. Sin embargo, es pertinente establecer determinadas restricciones a la actividad del ex franquiciado para después de concluido el vínculo contractual, ya que así se podría evitar una desviación de la clientela hacia otra marca competitiva. Esta restricción no puede ser absoluta y debería estar limitada a un tiempo y a una zona que se haya preestablecido contractualmente, considerando obviamente que la obligación de guardar secreto sobre el contenido del "manual reservado de operaciones" que implica el *know how* (secreto comercial e industrial), será sancionada sin límite temporal ni geográfico. Más allá de las previsiones contractuales, cualquier conducta del franquiciado que se enmarque dentro de estos supuestos traerá como consecuencia la pertinente acción civil de responsabilidad. (Farina, 1999)

En cuanto a los supuestos de competencia desleal nombrados en forma precedente, de conformidad con cada legislación podrían o no llegar a configurar un delito penal. Lo que si hay que tener presente, es que aunque dichas conductas no configuren un acto delictivo, no van a ser eximidas de sanción legal. Un gran ejemplo de ello, es lo establecido por la Ley de Marcas, de Argentina, 22.362, en su Art. 31, que prevé lo siguiente:

"Será reprimido con prisión de tres meses a dos años pudiendo aplicarse además una multa de...: a) el que falsifique o imite fraudulentamente una marca registrada o una designación; b) el que use una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o perteneciente a un tercero sin su autorización; c) el que ponga en venta o venda una marca registrada o una designación falsificada, fraudulentamente imitada o

pertenciente a un tercero sin su autorización; d) el que ponga en venta, venda o de otra manera comercialice productos o servicios con marca registrada falsificada o fraudulentamente imitada".²⁸

Por su parte, el Art. 29, parte la, prevé que *"toda persona con interés legítimo puede oponerse al uso de una designación"*. Sin embargo, cabe aclarar que esta sanción es meramente parcial, ya que no protege la relación en su conjunto, sino uno de los elementos de la misma, la marca y/o designaciones comerciales. Esto no quiere decir que el contrato pueda prever cláusulas penales para el caso de violación de alguna de las obligaciones a cargo del franquiciado.

4.4.-RESCISION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL. EFECTOS

Hablar de cómo rescindir el contrato de franquicia puede resultar un problema importante debido a su carácter atípico. Por ello, la doctrina ha planteado el interrogante de si resultan aplicables a los franquiciados las leyes referidas a los contratos de distribución o de agencia, y en consecuencia también las normas que establecen derechos resarcitorios por la terminación anticipada del contrato. En todo caso, lo que sí resulta necesario es determinar cuáles son las causas que pueden ser consideradas como válidas para rescindir el contrato. Según Farina (2005), típicamente, esas causas pueden ser:

- El incumplimiento del contrato,
- Concurso o quiebra,
- Violación de secretos,
- Actuación negligente que perjudica a la otra parte,
- La comisión de un delito o de fraude; y,
- En general toda conducta grave o reiterada de alguna de las partes.

En la mayoría de los países estas causas están legalmente reconocidas, y si se combinan con un preaviso adecuado, no dan lugar a indemnización alguna. La legislación alemana, por ejemplo, entiende que es justa causa de rescisión la culpa del distribuidor. Varias legislaciones latinoamericanas definen justa causa como *"el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato o todo acto que afecte el interés de la otra parte"*. (Farina, 2005, p. 268). En Ecuador, la rescisión es una forma de extinguir las obligaciones y está plenamente reconocida como tal en el Código Civil, lo cual lo detallaré más adelante.

El periodo de preaviso requerido usualmente es de tres a seis meses averiguar, considerándolo que es el tiempo que necesita la otra parte para minimizar el daño que resulta de la terminación. La falta de preaviso, en las legislaciones citadas, tiene como consecuencia la responsabilidad por daños. Por ello, es muy importante que los convenios

²⁸ Ley de Marcas (ley No. 22.362 - B.O. 2/1/81)

de franquicia prevean todos estos supuestos en forma minuciosa. Todo esto lo explica Farina (2005) en su libro *Contratos Comerciales Modernos "Modalidades de Contratación Empresaria I"*, manifestando además que, no sólo está presente la problemática respecto de la revocación arbitraria o la no renovación del contrato, sino que hay tres temas que de acuerdo a lo que merecen especial análisis, y son:

a) Destino del Stock: Cuando un contrato no es renovado o es abruptamente terminado, deja al franquiciado con un stock de productos de una marca o emblema o diseño que ya no representa. Si no existe una cláusula que provea la recuperación de dicho stock por el franquiciador a la finalización del contrato, la jurisprudencia extranjera ha considerado que *"el franquiciador no tiene la obligación de hacerse cargo del stock, salvo que la terminación abrupta del contrato le sea imputable, en cuyo caso hay una obligación implícita. Las mercaderías sin vender son un riesgo aceptado por el franquiciado en razón de la naturaleza precaria del contrato"*. (p. 268)

La doctrina francesa, cuenta que algunos jueces han mitigado este principio haciendo referencia a una cláusula resolutoria tácita, o a una obligación de recuperar el stock, o finalmente, al pago de una indemnización para compensar la pérdida sufrida por el franquiciado al ser obligado a conservar el stock. A la vez, la jurisprudencia italiana considera que no existe obligación legal de naturaleza extracontractual por la cual el franquiciador deba recuperar o readquirir el stock. Para remediar esto se debería autorizar al franquiciado a vender dicha mercadería por un cierto período de tiempo o hasta que se acabe el stock: el franquiciado continúa usando la marca sólo para vender su stock en el mercado.

b) Cláusulas de no competencia. El franquiciador debe estar protegido contra la posible competencia de su franquiciado a la expiración del contrato. Sin embargo, se cree que una cláusula de no competencia a la expiración del contrato no sería aplicable si la resolución es causada por el franquiciador; entonces, una cláusula de no competencia es válida en principio, a condición de que sea limitada en el tiempo, espacio y sector de actividad.

c) Indemnización por Clientela. Una vez rescindido el contrato no se sabe el destino de la clientela ni a quien pertenece. En el Franchising la clientela está dividida entre el franquiciador, el franquiciado y en su caso los sub-franquiciados, lo cual ha resultado dificultoso para los tribunales reconocer a los franquiciados el derecho a una indemnización por clientela, en los supuestos de rescisión, cuando ésta fuera sin culpa del franquiciado. Juan M. Farina (2005) considera lo siguiente:

"En la franquicia la clientela es de marca: quien compra un producto determinado, no compra productos por el prestigio del franquiciado sino por

el prestigio del producto o del servicio asociado a la marca, emblema o insignia del franquiciador. En esas condiciones considerar que el franquiciado tiene derecho a una clientela no parece equitativo, salvo en supuestos muy especiales, tales como una franquicia de una marca desconocida promovida y desarrollada con éxito por mucho tiempo por un franquiciado o el aumento significativo de clientela sobre el promedio de crecimiento del franquiciador, directamente atribuible al franquiciado". (269-270)

Finalmente, en cuanto a las franquicias por plazo indefinido, éstas pueden ser terminadas unilateralmente y sin expresión de causa, en virtud de las facultades contractuales acordadas, tal como ocurre en Argentina, en donde se considera aplicable por analogía la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en materia de concesión comercial.²⁹ (Farina, 2005)

En el resto de países de América Latina, este tipo de principios están previstos en su Código Civil. En forma particular el Código Civil ecuatoriano en su Capítulo IV De las Obligaciones, Título XIV DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES, Y PRIMERAMENTE DE LA SOLUCION O PAGO EFECTIVO, establece lo siguiente:

Art. 1583.- *Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:*

1.- Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;

2.- *Por la solución o pago efectivo;*

3.- *Por la novación;*

4.- *Por la transacción;*

5.- *Por la remisión;*

6.- *Por la compensación;*

²⁹ CSJN, 4/8/88, "Automóviles Saavedra SACIF e/Fiat Argentina SACIF", LL, 1989-B-4. En dicho pronunciamiento la Corte fijó ciertos principios: a) las partes son libres de pactar la denuncia unilateral de un convenio de duración indefinida; b) el ejercicio de la facultad de rescisión unilateral establecida por las partes debe ser conforme a las reglas de la buena fe; e) los jueces pueden aplicar la teoría del abuso del derecho para privar de efectos a las convenciones de las partes, pero tal aplicación debe hacerse siempre en forma restrictiva.

7.- *Por la confusión;*

8.- *Por la pérdida de la cosa que se debe;*

9.- ***Por la declaración de nulidad o por la rescisión;***

10.- *Por el evento de la condición resolutoria; y,*

11.- *Por la prescripción.*

La decisión unilateral para la terminación de una franquicia que no está condicionada al cumplimiento de un plazo o una condición, o para aquellos en que, existiendo plazo o condición, se ha querido dejar abierta la posibilidad de terminarlo antes del cumplimiento de uno u otro. En este supuesto, la parte que resuelve deberá notificar a la otra con una antelación suficiente, para que así pueda concluir sus negocios pendientes. Sin embargo, en nuestra legislación hay algunos aspectos importantes que se deben tener presentes. En principio, la decisión es un acto jurídico derivado del contenido mismo de las cláusulas contractuales, las cuales otorgan la facultad a las partes de ejercer ese derecho cuando una de ellas estuviese incurso en algún incumplimiento que dé como resultado la acción determinación unilateral del instrumento contractual. Esto responde a la consecuencia jurídica y del principio del Código Civil ecuatoriano en su artículo 1561, que establece que el *“contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...)”*. Por lo tanto, la discrecionalidad de cualquiera de los sujetos intervinientes no genera derechos para declarar terminado el contrato por su libre albedrío.³⁰

Existe jurisprudencia que ha ratificado estos principios jurídicos. Al respecto la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, el 8 de julio de 2002, dentro del juicio verbal sumario que por incumplimiento de contrato que siguió Imbaseguridad Cía. Ltda. contra Emelnorte S.A., sobre la posibilidad de terminación del contrato en forma unilateral (citado en López Cabrera, 2012),³¹ se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Es claro el contenido de la cláusula sexta del contrato que regulaba la seguridad de las dependencias de EMELNORTE S.A. por cualquier causa y naturalmente se había fijado que EMELNORTE S.A. por cualquier causa que considere justificable, podría dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo de vigencia del mismo, sin indemnización

³⁰ López Cabrera A.G. (2012). “El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa”. Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador.

³¹ López Cabrera A.G. (2012). “El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa”. Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador.

alguna, con la única condición que debía notificarse por escrito a IMBASEGUROS Cía. Ltda. La gerencia de EMELNORTE S.A. notificó con fecha 5 de enero de 1999 la decisión de terminar la vigencia del contrato hasta el 31 de enero, lo cual es absolutamente legal, porque en forma unilateral EMELNORTE S.A. podía dar por terminado el contrato, por cualquier causa que considere justificable. Ciertamente que no se indicó la causa que considera justificable EMELNORTE S.A., porque no había necesidad de expresarla, pues, estaba en el libre criterio de obra en forma unilateral (...). (p. 124)

4.5.- PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL.

La conveniencia lógica de la unificación del derecho privado deriva de varios factores, uno de ellos es la imposibilidad de hallar un criterio que justifique, en abstracto, la existencia de un derecho especial, y el otro factor, el más trascendente, radica en la circunstancia de que a lo largo de la historia se han ido produciendo dos claros fenómenos: la progresiva extensión del derecho mercantil y la mercantilización del derecho civil, fenómenos que tienen como presupuesto común la generalización de las instituciones jurídico-mercantiles. Ahora, ¿qué significa la extensión del derecho mercantil y mercantilización del derecho civil? Según Beltrán Sánchez (1995), por extensión del derecho mercantil se entiende *lo siguiente*:

“El progresivo aumento de las relaciones sometidas al derecho especial. El proceso se inicia prácticamente desde el mismo momento del nacimiento del ius mercatorum como derecho de los comerciantes en el tráfico profesional, al caer bajo su ámbito personas no comerciantes, y continúa de forma imparable”. Y, a la mercantilización la define como “el traspaso al campo del derecho civil de principios e instituciones jurídicas nacidas en el derecho mercantil. Especialidades surgidas para satisfacer las exigencias del tráfico mercantil (mayor libertad de formas, protección a la seguridad del tráfico, presunción de solidaridad) se trasplantan al derecho civil”. (pp. 55-56)

El derecho mercantil nació como un derecho privado especial por oposición al derecho civil o común, por razón de las personas (derecho de los comerciantes) y, como consecuencia de ello, por razón de la actividad (derecho del comercio), contando incluso con fuentes propias (los usos), con unos principios informadores (facilitar el tráfico de mercaderías) y con un modo de aplicación (la jurisdicción corporativa). Esa noción de que el derecho mercantil es un derecho especial ha ido diluyéndose a lo largo de los siglos y llega un momento en que no puede justificarse:

“El derecho mercantil ya no es el derecho de unas personas determinadas ni de una actividad concreta, carece de fuentes propias, sus principios informadores se han generalizado y ni siquiera cuenta con una jurisdicción especial. El derecho mercantil pierde su homogeneidad interna y se convierte en una simple amalgama de normas acumuladas a lo largo de la historia como consecuencia de la presión de las fuerzas económicas sin que pueda encontrarse una idea que las unifique y dote de sentido”. (Beltrán Sánchez, 1995, p.56)

Hay que reconocer que una normativa uniforme brinda seguridad jurídica, ya que a los implicados no les importa más la existencia de un derecho especial frente a otro general, sino la certeza de qué normas son las aplicables al caso en particular. No es lógico imponer a los contratantes la carga de conocer que determinados contratos pueden estar sometidos a normas distintas, en función de que sean calificados como civiles o mercantiles. Tal como lo manifiesta Chuliá (1990-1991) *“la duplicidad normativa atenta contra el deber de los poderes públicos de respetar principios constitucionales básicos como el de seguridad jurídica”.* (pp. 4043-4121)

De igual modo, pensar que la unificación del derecho privado sería un inconveniente para el acercamiento internacional de las legislaciones, sería algo errado, porque la experiencia demuestra que los países que han unificado su derecho privado participan igualmente en la labor unificadora a nivel internacional, y porque la unificación internacional lleva muchas veces aparejada una superación de las normas civiles y mercantiles.³² La civilización, es decir, la absorción del derecho especial por el derecho privado general, debería ser el destino inevitable del derecho mercantil. Esto no sería más que la culminación de esa tendencia expansiva y esa civilización resultaría probablemente ser al mismo tiempo la comercialización o mercantilización del derecho civil. Así, como señala Garrigues (citado en Beltrán, 1995):

“no es fácil decir, hablando propiamente, si hay comercialización del Derecho civil o civilización del Derecho comercial (...) si lo que subsisten son las normas mercantiles que pasan al Derecho común, lo que en definitiva ha de sobrevivir, prescindiendo de los nombres, será un Derecho mercantil”. (p. 57)

Cuando los principios del derecho especial se transforman en comunes, el derecho especial desaparece en razón de que no tiene sentido que exista una regulación distinta de la común. El derecho mercantil deja de ser autónomo cuando sus principios triunfan sobre los

³² Ej: Convenio de Viena sobre venta internacional, 11 de abril de 1980, establece expresamente que su aplicación se producirá sin consideración al carácter mercantil o civil de las partes o de los contratos, (citado en BELTRAN Sánchez Emilio, 1995, p.57)

comunes: *“el derecho mercantil muere en el momento de mayor triunfo”*. Ascarelli (citado en Beltrán, 1995, p. 57)

Ahora, lo que verdaderamente interesa no es la comercialización o la civilización, sino la conveniencia de la unificación.

“Si el nacimiento del derecho mercantil se explica por la insuficiencia, incapacidad o incompetencia de las instituciones civiles para atender a las exigencias de un sector de la realidad, su desaparición debe producirse cuando deje de cumplir la función que justificó su génesis y/o cuando el ordenamiento privado general asume esa función. Cuando el derecho común es capaz de asimilar las exigencias de los operadores económicos - cualquiera que sea la causa de ello-, el derecho mercantil debe dejar de existir”. (Beltrán Sánchez, 1995, p. 58)

De aquí, el interrogante que se debería resolver es si *¿la unificación debe realizarse mediante la confección de un código único para las materias que constituyen tradicionalmente derecho civil y mercantil o a contrario sensu, se debería crear un sistema de leyes especiales, que se situarían al lado de un Código único?* Ciertamente, la solución preferible sería esta última, compartiendo la opinión de Emilio Beltrán Sánchez (1995), si se considera, en primer lugar, que la denominada descodificación es ya un hecho en el ámbito del derecho privado, en las más variadas materias. En segundo lugar, porque, como ya lo mencionaba Langle (citado en Beltrán Sánchez, 1995), a comienzos de los años cuarenta:

“(…) postulando la redacción de un Código fundamental de obligaciones y contratos y la elaboración complementaria de un conjunto de leyes particulares, sectoriales, que desarrollasen cada materia determinada, mientras el Código «establecería los principios comunes en el orden civil y mercantil, las normas directrices fundamentales» y «representaría la integración de las instituciones y reglas en una unidad sistemática», «en leyes especiales se daría desarrollo y reglamentación técnica a cada una de las instituciones mercantiles que lo reclamasen..., cumplirían fines de especialización, más concretos y subalternos”. (p.58)

En tercer lugar, porque ese sistema de leyes (de competencia, de derecho industrial, de sociedades, de títulos, de compraventa, de seguros, de transporte, del mercado de valores, de banca, concursal, etc.) *“sustituiría ventajosamente la vieja contraposición derecho general/derecho especial por otra nueva derecho general/derechos especiales, ya que esas leyes podrían contener el régimen jurídico total, público y privado, de una determinada institución o de un determinado sector, que diera adecuada cabida a todos los intereses del*

tráfico”, en el cual el franchising juega un rol preponderante. (Beltrán Sánchez, 1995, p. 59)

En efecto, en los últimos años, el derecho privado ha sufrido importantes transformaciones, lo que incide evidentemente sobre el tema de su unificación. Ascarelli (citado en Beltrán Sánchez, 1995) manifiesta que “*al mismo tiempo que se reclama la unificación del derecho civil y del mercantil, se reclaman las autonomías de las singulares ramas, antes comprendidas en el derecho civil o en el derecho mercantil*”. (p.59). Un claro ejemplo de esto, es la normativa dictada en defensa de los consumidores, que ha generado incluso a que se llegue a hablar de un derecho de los consumidores como una nueva rama separada, con lo cual ha surgido la polémica de su adscripción al derecho civil o al derecho mercantil, ramas del derecho que más han incidido en el problema de la unificación del derecho privado, cuya transformación es notable.

La normativa respecto de los consumidores ha producido una alteración sustancial del derecho privado, a tal punto que aquellas ramas jurídicas relativas al derecho de la competencia, el derecho cambiario, el de la responsabilidad civil y, sobre todo, el de la contratación han tenido que modificar sus fines, principios o criterios de aplicación por la necesidad de tener en cuenta los intereses de los consumidores. Como consecuencia de ello, gracias al surgimiento del derecho de los consumidores, se nota, simultáneamente, una cierta desmercantilización de la vida social, la cual no supone un alejamiento del derecho mercantil ni la búsqueda de un refugio en el Código Civil, pero tampoco resulta ser un obstáculo alguno a la unificación del derecho civil y del derecho mercantil. La conveniencia de la unificación se justifica no sólo por el proceso de generalización de las instituciones jurídico-mercantiles, que se mantiene, aunque sea parcialmente modificado y reconducido por la exigencia social y jurídica de la defensa de los consumidores, sino en razón de “*un proceso de recreación normativa que se realiza mediante una fusión de lo público y lo privado y una integración (distinta de la absorción) de lo civil y lo mercantil sobre nuevas bases*”. (Font Galán, citado en Beltrán Sánchez, p. 64).

Han existido otras interpretaciones de esa normativa, que afirman que la existencia de un derecho de los consumidores implica la existencia de tres regímenes jurídico-privados distintos, en relación a quienes sean los sujetos intervinientes y que según Beltrán Sánchez (1995) son:

- a) Derecho de las empresas (*Unternehmensrecht*), que comprendería el tráfico jurídico interempresarial;
- b) Derecho del consumidor (*Verbraucherrecht*), aplicable a las relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores; y,
- c) Derecho civil (*Bürgerrecht*), que regularía las relaciones entre los particulares.

Sin embargo, el fenómeno es más complejo y trasciende al derecho privado. No se trata de

crear un *tertium genus* junto al derecho civil y al mercantil cuanto de superar la tradicional configuración del derecho privado y la distinción entre derecho privado y público. Si el Código Civil y el Código de Comercio no satisfacen hoy en día las necesidades del tráfico, no resulta lógico crear un tercer sistema del derecho de la contratación para solucionar las cosas. Resulta confuso intentar deslindar los contratos civiles de los mercantiles, introducir un tercer régimen de contratos generaría mayor confusión.

“En particular, con esa distinción se reproduciría, con grave daño para la seguridad jurídica, toda la añeja problemática de los actos de comercio, ya que sería absolutamente necesario calificar el contrato y, en muchas ocasiones, esa calificación conllevaría desigualdades de trato. En efecto, producida la distinción entre contratos celebrados por un empresario con otros empresarios o con consumidores, surgiría inmediatamente la duda de si no sería justo e incluso exigido por el principio de paridad de trato de rango constitucional equiparar a los pequeños y medianos empresarios con los consumidores”. (p. 65)

Partiendo de esta perspectiva el derecho de consumo puede servir de catalizador para la unificación del derecho de la contratación tal como sucede en el Código Civil holandés que consolida las normas de las tres pretendidas ramas. En la actualidad, la desaparición de los Códigos es ya una realidad, la cual responde a aspectos técnicos (la imposibilidad de reunir en un cuerpo legal todas las numerosas y complejas normas reguladoras del tráfico) como también por razones ideológicas (la crisis de las ideas que propiciaron la codificación supone, como consecuencia lógica, la crisis de los propios códigos), de modo que la técnica de las leyes especiales permitiría, *“la integración de los aspectos privados y públicos de las diversas instituciones, llegando así a la superación de la dualidad derecho civil/derecho mercantil, que sería sustituida por un nuevo enfrentamiento derecho general/derechos especiales”.* (Beltrán Sánchez, 1995, p. 66)

Todo este tema en torno a la unificación del derecho privado ha causado diferentes opiniones dentro de la Doctrina, aunque puede afirmarse que totalidad de la doctrina mercantilista defiende la unificación del derecho civil y del mercantil. Aun así, el planteamiento no es siempre diáfano y lo que se postula normalmente, es una unificación formal y parcial del derecho mercantil y del derecho civil. La doctrina denomina unificación parcial a la unificación del derecho privado con unificación del derecho de obligaciones y contratos, por cuanto se aprecia claramente la dualidad de regímenes, a pesar que difieran los cauces técnicos propuestos para ello.

Menéndez (citado en Beltrán Sánchez, 1995), respecto de la independencia del Derecho mercantil como Derecho especial de las obligaciones frente al Derecho civil en el derecho

español, supone que es un error, ya que *“la pretendida independencia del Derecho mercantil codificado va, pues, contra corriente, porque parece evidente que todo aquel proceso de comercialización debía conducir más bien a la generalización del Derecho Mercantil, es decir, al desplazamiento del viejo Derecho civil patrimonial por el nuevo Derecho mercantil, culminado así el proceso en la consiguiente unificación del Derecho de obligaciones”*. (p.67)

Sánchez Calero (citado en Beltrán Sánchez, 1995), sintetiza la necesidad de la unificación al derecho de obligaciones y contratos, como un medio de *“racionalizar su normativa, evitando sus carencias, oscuridad y contradicciones”*. (p. 68) Por su parte, Bercovitz (citado en Beltrán Sánchez, 1995), profundiza en su idea unificadora, a partir del derecho del consumo, manifestando que *“parece imprescindible dar un paso más y considerar que el Derecho mercantil tiene que ser sustituido por un Derecho privado del tráfico económico”*. (p. 68) Vicent (citado en Beltrán Sánchez, 1995), en un trabajo realizado en homenaje a Broseta, señala que se debe dar en forma inexorable la unificación, formal como material de todo el Derecho privado y, por tanto, la desaparición del Derecho mercantil pensado como *“Derecho especial”*, concluyendo que resulta necesario proceder a la unificación inmediata del Derecho privado, evitando la división en Derecho mercantil y Derecho civil así como la propuesta de tres códigos defendida por los profesores Garrigues y Broseta.

“La unificación se haría de una sola vez, como en Argentina, bien con la promulgación en un solo acto de un único Código civil, o de manera progresiva, pero con arreglo a plan, como en el caso del Código civil de Holanda. Para ello debería preverse la derogación del Código de comercio como tal cuerpo sistemático (con la desaparición de las especialidades normativas sobre el comerciante y los actos y contratos mercantiles) y el traslado de sus contenidos vigentes a leyes especiales -por la materia- cuya normativa supletoria sería el Código civil: Leyes de sociedades, de contratos de gestión, de contratos bancarios, de contrato de transporte, de insolvencia, de navegación marítima y de navegación aérea, entre otras”. (pp. 69-70)

“La realidad jurídica actual es que estamos asistiendo a la comercialización del Derecho civil o generalización del Derecho mercantil, proceso caracterizado por las siguientes notas: el progresivo trasvase de normas e instituciones originariamente mercantiles hacia los Códigos civiles; la proliferación del espíritu comercial en las diversas clases sociales; y también por la progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles. Pero es que, además, el actual tráfico en masa de las empresas ha llegado a poner en tela de juicio hasta el propio contrato, como institución”

mercantil adecuada a las necesidades modernas, toda vez que el principio de la autonomía de la voluntad se cuarteaba ante los denominados contrato de adhesión, la intervención estatal, la defensa del consumidor, etc.”. (ARANA, 1987, p. 76).

Frente a todas estas postulaciones doctrinarias, Figa, (citado en Beltrán Sánchez, 1995), se pronuncia en un sentido claramente contrario y postula la radical autonomía del derecho mercantil, otorgándole la calificación de “ordenamiento jurídico”, manifestando al respecto que *“la última etapa -ya recorrida en otros países- en la absorción del ordenamiento mercantil por el ordenamiento civil no lleva más que a la aniquilación de uno de los dos con el consiguiente sacrificio del grupo social al que servía y de sus fines o la creación de un ordenamiento híbrido, inservible o gravemente perjudicial para ambos grupos. No hace falta una gran agudeza para sospechar qué intereses -civiles o mercantiles- quedan sacrificados con aquella absorción”.* (p. 69)

Luego de citar varias posiciones doctrinarias, manifiesto mi postura a favor de la unificación, pero antes de argumentarla creo importante considerar algunos aspectos. Hoy, la unificación legislativa del derecho privado, a más de constituir una opinión prácticamente unánime de la doctrina, empieza a ser una verdadera realidad legislativa en varios países, a pesar de que se la haga en forma parcial. El avance en la unificación se produce por diferentes vías. A veces, sencillamente, se produce el fenómeno de generalización; otras veces, hay una verdadera unificación, que puede ser implícita, cuando, sin entrar en el dilema de la dualidad de instituciones, se establecen principios comunes (Ej: Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, Ley Cambiaria y del Cheque; Ley de Crédito al Consumo, en España), o incluso explícita, cuando se promulga una ley común para las instituciones (Ejemplo: Ley de Contrato de seguro en España). Es frecuente al analizar la unificación del derecho privado, distinguir las materias de las que se ocupa el derecho mercantil, que pueden reducirse a las siguientes: el empresario, las sociedades mercantiles, los títulos-valores, las obligaciones y contratos mercantiles, la suspensión de pagos y la quiebra y el derecho marítimo o de la navegación. (Vivante, Ripert, Garrigues, Broseta y Bercovitz, citados en Beltrán Sánchez, 1995).

Al analizar la necesidad de la unificación legislativa, esas materias no merecen idéntica consideración, ya que lo que en verdad merece tener presente es que la duplicidad normativa no significa siempre diversidad de régimen jurídico, porque en muchas ocasiones las soluciones de los dos Códigos (Civil y Mercantil) son idénticas. Se comprenderá que en el derecho en general, incluso en Ecuador, la tarea unificadora no sería tan ardua como a veces se ha insinuado. Se podría llegar a pensar que la Constitución resultaría ser un obstáculo, sin embargo, esa aseveración debe ser convenientemente matizada. No se busca reiterar la afirmación de que la Constitución se limita a recoger una distinción entre

legislación civil y legislación mercantil existente en el momento de promulgarse, sin consagrar, en absoluto, la autonomía sustancial del derecho mercantil. Lo que se debe pretender, es determinar el significado de la distinción constitucional, cuyo carácter instrumental parece manifiesto, y de valorar adecuadamente el principio de unidad de mercado.

El Código de Comercio ecuatoriano en su artículo 3,³³ identifica taxativamente los actos de comercio, en el cual se constata la ausencia del reconocimiento a la actividad franquiciante, sobre todo a partir del artículo 140 íbidem,³⁴ ya que se considera que un contrato es

³³ **Código de Comercio Ecuador. Art. 3.-** Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

- 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias;
- 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil;
- 3.- La comisión o mandato comercial;
- 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes;
- 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico;
- 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo;
- 7.- El seguro;
- 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza;
- 9.- Las operaciones de banco;
- 10.- Las operaciones de correduría;
- 11.- Las operaciones de bolsa;
- 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas;
- 13.- Las asociaciones de armadores;
- 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas;
- 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y,
- 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

³⁴ **Código de Comercio Ecuador. Art. 140.-** El contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado.

Perderá esta prerrogativa, si el comerciante no ha sido matriculado en el tiempo determinado por el Código de Comercio.

mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado, requisito que no es imprescindible para la celebración del contrato de franquicia (mercantilidad subjetiva).

“La libertad contractual consagrada en la actual Constitución de la República otorga un fundamento jurídico para suscribir sin cortapisas legales o restricciones jurídicas un contrato de franquicia aunque sea completamente atípico. La falta de regulación expresa no impide el ejercicio de contratar libremente a través de la expresión de la voluntad y del consentimiento, puesto que si estos son celebrados con observancia a las disposiciones contempladas en el Código Civil, su legalidad no podrá ser cuestionada”. (López Cabrera, 2012, pp. 133-134)

Para aseverar lo expresado, el artículo 1561 del Código Civil,³⁵ establece que *“todo contrato celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Así, las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno se hacen presentes; los ciudadanos por el principio de la autonomía de la voluntad pueden cuantos actos jurídicos sean el resultado de ello, los mismos que deben generar eficacia jurídica. La Constitución de la República es eminentemente garantista de los derechos, así lo demuestra en su Capítulo VI, derechos de libertad, en su artículo 66 numeral 15, reconoce *“el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”*, lo que garantiza la seguridad y el derecho que tienen todos los ciudadanos ecuatorianos para ejercer actividades comerciales siempre que no vulneren o agredan las garantías o derechos de las personas sean éstas naturales o jurídicas. (López Cabrera, 2012, p. 135)

El artículo invocado en su numeral 16 reconoce y garantiza el derecho a la libertad de contratación, que bajo lo dispuesto por el Código Civil, deberá celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia las partes contractuales, a más de cumplir lo convenido, deberán atenerse a todo aquello que corresponda a la naturaleza jurídica de los contratos recogidas en el Código Civil y, en su caso, a la costumbre cuando sea reconocida como fuente de derecho. (López Cabrera, 2012, p. 137).

La referencia constitucional que en algunos países separa a la legislación civil y a la legislación mercantil no significa, negación de la posibilidad de una unificación formal del derecho privado, que es lo que parece necesario, sino más bien ese reconocimiento de distinción implica un carácter simplemente instrumental, que no impediría la unificación del derecho privado. A ello debe tenerse presente que, en virtud de la consideración de que otros principios constitucionales como el de seguridad jurídica, respecto a la calificación de

³⁵ Código Civil Ecuador, 10 de mayo de 2005

un contrato como civil o mercantil, o incluso con el de igualdad ante la ley, ante el reconocimiento de preferencia de los créditos mercantiles sobre los civiles en caso de quiebra, se podrían ver afectados por la duplicidad normativa. (Beltrán Sánchez, 1995, pp. 98- 99)

En los países de tradición jurídica anglosajona en los cuales el *common law* es su ordenamiento general y que rige a todas las personas y todas las relaciones jurídicas, no cabe formular la separación entre derecho civil y derecho mercantil, ya que desde el siglo XVIII ha regido la unificación del derecho civil y comercial; ambas materias están regidas por este sistema y sujetas a la competencia de los tribunales ordinarios, presentando dos características particulares: las reglas comerciales predominan por sobre las civiles y subsisten normas especiales para ciertas figuras mercantiles. La flexibilidad y capacidad de adaptación del sistema a las más variadas necesidades hace que no se sienta la necesidad de un derecho especial.

Inglaterra contaba con usos mercantiles propios de los mercaderes que se aplicaban por tribunales especiales, tal y como sucedió en el continente, aunque contemplados como un cuerpo jurídico uniforme no nacional (*Lex mercatoria* o *law merchant*), pero con la formación de los Estados nacionales, los usos comerciales internacionales se incorporaron a cada uno de los ordenamientos y es aquí donde se encuentra la razón de la diversidad: no hubo necesidad de crear un nuevo derecho, porque el *common law* fue absorbiendo (nacionalizando) poco a poco los usos internacionales de los comerciantes. Se puede citar como hitos de este proceso de absorción la desaparición de las jurisdicciones especiales con la correspondiente absorción por los tribunales comunes (1606), el caso *Bronwich versus Loyd* (1699), que es un claro exponente de generalización de la letra de cambio, y, como culminación, la labor de Lord Mansfield al frente de la corte de Londres entre 1756 y 1788, período en el que los usos comerciales terminan por integrarse en el sistema de *common law*. (Beltrán Sánchez, 1995, pp. 101-102)

En suma, la fusión se produjo por la absorción del *law merchant* por el *common law* como consecuencia clara de la elasticidad del sistema. Ello determinó la falta de subsistencia de un derecho especial, ya que para su sistema, sus cuerpos legales no enfrentan partes del ordenamiento jurídico que requieran de un acotamiento o delimitación. Todo esto, parecería aplicable de igual manera al derecho estadounidense, pero la diversidad legislativa estatal y federal, que origina un complejo sistema normativo en el que la interpretación judicial juega un papel preponderante, ha reconducido la cuestión a otros términos, propiciando la promulgación del *Uniform Commercial Code*, con la finalidad de evitar las restricciones al comercio que la variedad de leyes estatales podían crear, pretendiendo recoger las reglas más importantes de esta particular disciplina, estableciéndose un amplio acuerdo de

uniformidad e integración, que no era posible instituir a través de una ley ordinaria (*statute ordinary*). (Beltrán Sánchez, 1995, p.102)

Dentro de este sistema, el derecho comercial se configura como un apartado particular del derecho de obligaciones. Es imposible para el código comercial operar como un cuerpo legal independiente de la ley general. Pero, siempre se debe tener presente los principios legales y de equidad, incluyendo tanto las reglas de los comerciantes como las relativas a capacidad para contratar, y sus causas de validez o invalidez. En este sentido, se podría cotejar una indudable unificación del derecho privado, puesto que los principios generales siempre son aplicables, con independencia del sector específico del ordenamiento privado de que se trate.

Se puede concluir con ello que, según como lo explica Beltrán Sánchez, en el derecho norteamericano “*no es posible hablar de un derecho privado, ni siquiera comercial, uniforme, y por otro lado, en el seno de esa diversidad sí puede entenderse que existe un derecho privado unificado*” (Beltrán Sánchez, 1995, p.102), puesto que los principios y conceptos generales estipulados son siempre aplicables a todos los sectores del ordenamiento privado, con independencia de la regulación específica que tienen determinadas disciplinas. Un ejemplo claro, son muchas de las disposiciones del Uniform Commercial Code que se aplican sin distinguir entre transacciones comerciales y contratos entre empresas y personas privadas.

El problema de la naturaleza del derecho mercantil como *especial*, separado del común y, por ende, autónomo respecto del civil se presenta en los países de derecho continental. Sin embargo, la misma evolución del derecho especial exige la unificación del derecho privado, descartando la diferencia entre derecho civil y derecho mercantil, y haciendo que el derecho común absorba el derecho especial. Clara constancia de este proceso lo presentan varios derechos, como el código suizo de las obligaciones (1881), Túnez (1906), Marruecos (1912), Turquía (1926), Líbano (1934), Polonia (1934), Madagascar (1966), Senegal (1967). Comprenden materia civil y comercial, los códigos civiles de: Italia (1942), Gran Parte de la ex Unión Soviética (1964), Perú (1984)²⁰, Paraguay (1987)²¹, Cuba (1988), Holanda (1992), Mongolia (1994), Vietnam (1995), Federación Rusa (1994), Códigos únicos en lo civil y comercial de China (Taiwán) y del Reino de Tailandia, los Principios generales del derecho de la República Popular China, de 1987 y el Código Civil de Brasil de 2002, en vigor desde el 11 de enero de 2003, ejemplo de fusión de la legislación privada en América Latina.³⁶ Todos estos ordenamientos no plantean ninguna diferencia entre obligaciones y contratos civiles y mercantiles y están en pro de la fusión.

³⁶ Carvajal Arenas Lorena. “LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES CIVILES Y COMERCIALES”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII [“Unification of the Law Concerning Civil and Commercial Liabilities”], (Valparaíso, Chile, 2006).

La autonomía legislativa del derecho mercantil ha desaparecido así como su característica de derecho especial frente al derecho civil. Lo que aún se halla en discusión es si el derecho mercantil goza de autonomía académica (docente e investigadora) pero, como señala Olivencia (citado en Beltrán Sánchez, 1995), “*más como una división de estas tareas que como identificación de una dicotomía del Derecho objetivo privado, que se ha extinguido en tales ordenamientos*” (p. 103). Así también Sánchez Calero, (1991), en su libro “Instituciones de Derecho Mercantil”, deja la siguiente reflexión:

“Existe una tendencia – que se ha manifestado en los ordenamientos de otros países (así, por ejemplo, en el Derecho suizo e italiano) – hacia un tratamiento legislativo unitario de las obligaciones y contratos, con una recepción por parte del Derecho civil de las normas mercantiles, siendo la penetración de éstas tan marcada que se habla de una comercialización del Derecho civil. Esta unificación consiente seguramente una disciplina más coherente del Derecho de obligaciones, que al mismo tiempo no impide que ciertos contratos por su conformación continúen calificándose como mercantiles”. (p. 129)

Por el contrario, el derecho mercantil subsiste como categoría autónoma en países tan significativos como Francia y Alemania. En ambos tipos de ordenamientos, unificados y no unificados se aprecia una clara tendencia a la disgregación del clásico derecho mercantil, el cual se divide en nuevas ramas dentro de un proceso que ya parece imparable: derecho de sociedades, derecho de los títulos-valores, derecho bancario, derecho bursátil, derecho de seguros, derecho de la navegación, derecho concursal, que, cada vez más, adquieren incluso autonomía didáctica.

La situación económica ha variado profundamente desde la publicación de los Códigos y, por ende no son útiles en todo momento. Desde el punto de vista económico, el propósito de la unificación supondría un crecimiento del mercado interior de un país, una igual protección a todos los consumidores y, desde el punto de vista empresarial, la existencia de un derecho uniforme sería un factor muy favorable para la competitividad de modo singular para las empresas multinacionales.³⁷ El derecho de contratos en la actualidad se encuentra en un escenario en el que se requiere tratar varias realidades. Una de ellas es la atipicidad contractual, dentro del cual el contrato de franchising se enmarca claramente. El tema se discute entre la regulación de las nuevas figuras o la aplicación de reglas generales que permitan el cambio y adaptación de las instituciones que día a día van apareciendo en el mundo de los negocios.

³⁷http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&sqj=2&ved=0CEkQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.refdugr.com%2Fdocumentos%2Farticulos%2F47.doc&ei=CJtuUoCkNMyl7Ab2qIGwBA&usg=AFQjCNEr_8njnDXi2yDi0SmZrA9nqINl8g

Por otro lado, está la protección a los consumidores y la contratación estandarizada. La realidad económica actual nos enseña como los supuestos de igualdad entre las partes contratantes proclamada por los Códigos del siglo XIX no ha sido más que una utopía, superada por la contratación por adhesión. Los Códigos de Comercio fueron establecidos como propios para regular a los comerciantes, excluyendo a los consumidores. En varios países incluyendo Ecuador, se han adoptado leyes especiales sobre contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección a los consumidores, aunque no es el caso general. Sin embargo, es notable, la influencia que la ley del consumidor tiene en la interpretación de los contratos realizados entre los empresarios y consumidores o usuarios. Incluso dentro de su ámbito de aplicación, sus normas prevalecen sobre las normas civiles y mercantiles. (Sánchez Calero, 1991).

La reducción de barreras para el tráfico internacional de bienes y servicios, la facilidad de comunicación entre los operarios del mundo de los negocios, la evolución de los modernos medios de transporte, entre otros factores, se han encargado de construir un escenario donde el mercado mundial es una realidad y una necesidad. Este fenómeno exige contar con unas reglas comunes para brindar seguridad a los operadores del tráfico. En los últimos años, dichas reglas se han venido desarrollando, como consecuencia de los acuerdos contractuales; en varias ocasiones como fruto de las costumbres, como aporte de las instituciones internacionales, cuyo objeto es precisamente dotar al mundo de un conjunto de reglas armónicas y uniformes, conocidas de manera genérica como *lex mercatoria*.

Los organismos internacionales, de carácter intergubernamental o gremial, han colaborado para que se cree una consolidación de las normas propias del tráfico mercantil internacional. *“La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), son las instituciones que se han esforzado a través de la adopción de convenciones internacionales, sugerencia de leyes modelo, o recopilaciones de reglas generales o principios y costumbres internacionales para que dicha consolidación se dé”*.³⁸

Calvo Caravaca y Carrascosa González³⁹ dice que las reglas de la nueva *Lex mercatoria* (o derecho mercantil internacional) se generan en tres ámbitos, que son: *“los principios generales del derecho relativos a las relaciones comerciales internacionales; los usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional y las reglas consagradas en la práctica arbitral internacional”*, pero podemos agregar y enumerar las fuentes de la regulación contractual internacional, que abarcan otras fuentes, sin pretender agotarlas, sino tan sólo observando la realidad de las transacciones internacionales.⁴⁰ Tales fuentes serían en consecuencia las siguientes:

³⁸ <http://app.vlex.com/#/vid/unificacion-referencias-colombiano-50234743>

³⁹ <http://app.vlex.com/#/vid/unificacion-referencias-colombiano-50234743>

⁴⁰ <http://app.vlex.com/#/vid/unificacion-referencias-colombiano-50234743>

1. Las normas de derecho internacional público. Contenidas principalmente en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, que se aplica a los tratados entre estados.
2. Los tratados suscritos entre estados para dotar a los partícipes del tráfico de un derecho material uniforme o normas de conflicto uniformes. Como es el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre contrato de compraventa internacional de mercaderías.
3. Usos mercantiles y costumbres comunes al tráfico mercantil de que se trate.
4. Condiciones generales de los contratos.
5. Reglas adoptadas por gremios mercantiles internacionales.
6. Conjunto de reglas sugeridas a los partícipes del tráfico económico para que las adopten como ley del contrato.
7. Principios generales de derecho aplicables a las transacciones internacionales.
8. Los precedentes jurisprudenciales, básicamente decisiones arbitrales.

La tendencia uniformadora por medio de las citadas fuentes, debe analizarse en forma paralela, con la conformación de un derecho mercantil comunitario, como en algunos países europeos, por ser parte de Unión Europea. Los estados miembros tienen el compromiso de adaptar su derecho interno a los postulados fijados en las directivas del Consejo y la Comisión de la Unión Europea.⁴¹ En cuanto, a las formas o sistemas utilizados en la actualidad para uniformar o unificar el derecho privado, en cuanto a obligaciones y contratos se refiere, los mencionados métodos o sistemas se incorporan a más de los citados en el párrafo precedente, los siguientes:

1. Formación de un derecho comunitario, donde mediante la adopción de directivas, como es el caso de la Unión Europea, se tienda a la *“aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común, o de legislación supranacional, común a todos los países”*.
3. Mediante la adopción de leyes modelo sugeridas por organismos internacionales, como es el caso de la Ley Modelo sobre comercio electrónico de 1996 de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional - UNCITRAL-;
4. Mediante la adopción por parte de los países de códigos extranjeros;
5. Por medio de instrumentos preparados por organismos internacionales que sirvan como guía para la regulación de los contratos comerciales internacionales, que

⁴¹ <http://app.vlex.com/#/vid/unificacion-referencias-colombiano-50234743>

deban aplicarse cuando las partes hayan acordado someter el contrato a sus disposiciones, como en el caso de los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales.

Todos estos instrumentos de carácter transnacional incorporan elementos que conducen al entendimiento civilizado entre las diferentes culturas jurídicas económicas del mundo, y con ello se permite la eficiencia y justicia en las relaciones humanas que se desarrollan en el mercado transaccional de bienes y servicios.

Por su parte, Ecuador ofrece un panorama legal basado en una teoría general de las obligaciones constantes en el Código Civil, con una doble regulación de los principales contratos, definidos la mayor parte de ellos en dicho cuerpo legal, con su nota distintiva y diferenciadora en el Código de comercio. Una vez tratado el tema de la unificación, al inmiscuirnos en lo que respecta con las obligaciones y los contratos, de manera general, la doctrina jurídica a nivel internacional y nacional recoge una clasificación y distinción entre los contratos civiles y mercantiles, además de la clasificación doctrinaria que hace referencia a los contratos principales y accesorios, típicos y atípicos, nominados e innominados.

Haciendo énfasis en lo que sucede en el Ecuador, el Franchising se encuentra enmarcado dentro de estas categorías de contratos, caracterizados por la falta de regulación específica por lo que en principio lo que se requiere es fijar las normas por las cuales debería regirse el contrato de franquicia, todo ello enmarcado en el proyecto de unificación de la legislación civil y mercantil. Se debería empezar por identificar qué tipo de contrato es el Franchising; según lo descrito es sin duda un contrato atípico, por lo que se establecer la clara diferencia entre contratos típicos y atípicos sería necesaria. Desde este punto de partida se determinaría su regulación, la cual conforme a su característica principal que es la falta de regulación específica, se regiría por la voluntad de las partes y subsidiariamente por las reglas generales de los contratos típicos afines que sean compatibles con la finalidad y la economía del negocio, así como también con las normas generales sobre obligaciones y contratos. El contenido del contrato se integra también con las denominadas normas imperativas, o sea aquellas que se aplicarán en sustitución de las cláusulas que fuesen incompatibles con ellas; las normas supletorias y los usos y costumbres del lugar de celebración, en cuanto fuesen aplicables.

En este contexto, no se puede dejar de lado el hecho de que el contrato de Franchising, se enmarcaría además dentro de los denominados contratos de adhesión, alejándome del análisis y crítica que de este tipo de contratos se hace, al considerarse que son una manifestación de voluntad unilateral y no un acuerdo de voluntades en estricto sentido. Una de las definiciones más acertadas y comúnmente aceptadas en la doctrina del contrato de adhesión es aquella que lo considera como aquel instrumento que contiene cláusulas

predispuestas por una de las partes o que hacen referencia a las condiciones generales, que la otra parte está precisada a celebrar. De ahí, resulta imprescindible que el proyecto de unificación en materia civil y comercial incorpore y determine ciertas normas para precautelar los derechos de quien únicamente acata las cláusulas preestablecidas, por ser considerada como la parte más débil de la relación contractual, frente al contratante que cuenta con el poder suficiente para imponerlas.

Se podría establecer como reglas de interpretación, siguiendo a Farina (2005) que *“las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, las cláusulas incorporadas prevalecen sobre las preexistentes, las ambiguas serán interpretadas contra el predisponente y, finalmente, si el no predisponente fuese una persona física, la interpretación se hará en sentido favorable para él”*. (pp. 296-297). Por otro lado, muchas veces las cláusulas predispuestas pueden tener el carácter de abusivas, las cuales se deberán entender como no convenidas. Todas estas normas *“serían aplicables a la franquicia ya que en el modus vivendi, todos los contratos de franquicia comercial se hacen sobre formas preestablecidas por el franquiciador con cláusulas tipo que una parte presenta a la otra para el perfeccionamiento del contrato, y que juntamente con el Manual Operativo regulan la transmisión de la experiencia del franquiciador al franquiciado”*. (p. 296).

En la actualidad, la regulación respecto a la interpretación de las cláusulas predispuestas, generalmente está consagrada en la normativa referente a la protección del consumidor. La Ley argentina 24.240 de Defensa del Consumidor, capítulo IX DE LOS TERMINOS ABUSIVOS Y CLAUSULAS INEFICACES,⁴² establece lo siguiente:

“ARTICULO 37. — Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

⁴² Ley N° 24.240 Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Sancionada: Setiembre 22 de 1993. Promulgada Parcialmente: Octubre 13 de 1993.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

En el Ecuador, dentro de este marco teórico – jurídico, la interpretación de los contratos con cláusulas predispuestas, al igual que en el caso argentino, lo regula la Ley de Defensa del Consumidor⁴³, estableciendo las reglas para su interpretación. En ella, en el Art. 1 se establece que *“Las disposiciones de la presente Ley son de orden público y de interés social, sus normas por tratarse de una ley de carácter orgánico, prevalecerán sobre las disposiciones contenidas en leyes ordinarias. En caso de duda en la interpretación de esta Ley, se la aplicará en el sentido más favorable al consumidor”*. En ambas legislaciones al igual que en el resto de América Latina, el Código Civil es considerado como norma supletoria aplicable a los casos que no estén regulados por la Ley de la materia y el ejemplo más claro es el Código de Comercio,⁴⁴ cuyo Art. 5, establece: *“En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”*. Sin embargo, las normas civiles referentes a la interpretación de los contratos en materia civil en el Ecuador, están basadas en las siguientes reglas:

TITULO XIII DE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

Art. 1576.- *Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*

Art. 1577.- *Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.*

Art. 1578.- *El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno.*

⁴³ Ley de Defensa del Consumidor. Ley 2000-21. R.O. S 116 / 10-Julio/2000.

⁴⁴ Código de Comercio Ecuador. R.O. Suplemento 1202 de 20-ago-1960.

Art. 1579.- *En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.*

Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen.

Compartiendo la opinión de algunos doctrinarios como Farina (2005), creo que si la unificación se llegara a dar en nuestra legislación, el desarrollo de la franquicia no se verá afectado, ya que tales modificaciones están presentes y resultan un tanto comunes en jurisdicciones en las que el contrato de franquicia comercial se ha asentado. Incluso, considero al igual que en el caso de Argentina que las características especiales de la franquicia de empresa (format franchising) como contrato de colaboración, ameritan ser tratadas en forma aislada a ciertas normas que el Código Civil consagra, por constituirse hoy en día reglas inflexibles, en forma particular me refiero a las que tratan sobre la rescisión en cualquier tiempo y sin indicación de causa, cuando el plazo del convenio es cierto y además breve.

En Francia el *master franchisee* de McDonald's fue cancelado por no tener los baños limpios, ni mantener el nivel de higiene del franquiciador y economizar en los productos que elaboraba. En un negocio que se ha emprendido con un plazo cierto y basado en una estrecha colaboración parece lógico que se debe invocar la causa para dar por terminada una relación comercial de esas características o en su defecto indemnizar al franquiciado por el perjuicio causado. Es poco razonable que el franchisor sin previo aviso y sin causa pueda rescindir un acuerdo y un negocio del que conoce tanto como su contratante sin invocar un motivo atendible. La franquicia es un medio y un método de hacer negocios bajo la forma prescrita por el franquiciador; en el caso de que el franquiciado no se sujete a esas prescripciones, no podría continuar en el negocio. (Farina, 2005)

De igual manera sucede a la inversa, es decir, si el franquiciador tiene en su poder la posibilidad de rescindir el contrato sin invocar la causa cuando el franquiciado no tuvo la oportunidad de recuperar la inversión, no resulta muy equitativo sino más bien puede constituir un abuso. Todo esto obligaría a los comerciantes a ser cuidadosos en la redacción de sus contratos y a los tribunales a ser escrupulosos en su interpretación. Únicamente los negocios que nacen y crecen con bases serias, perduran. En este sentido el promedio de retorno de la inversión en las franquicias de servicio, según Farina (2005), nunca es menor a los dos años y, por ende, ningún convenio debería poder rescindirse sin causa durante ese período, pudiendo denunciarse sin responsabilidad por cualquiera de las partes en el futuro.

A pesar de que se podría argumentar que el período de dos años es exiguo y arbitrario, ocurriría lo mismo con cualquier otro plazo, por lo que compartiendo la opinión del autor recién citado, facilitar la rescisión sin causa atenta contra el negocio mismo y podría

favorecer a franquiciadores inescrupulosos que se beneficiarán indebidamente con el esfuerzo inicial ajeno que involucra el contrato de franquicia comercial sin el riesgo consiguiente. Sin embargo, este principio tendría su excepción, en el caso de convenciones sin plazo cierto, ya que en efecto sería posible rescindir acuerdos en los que el plazo del negocio conste como indefinido, pues no es lógico que nadie se vincule indefinidamente o aun cuando fueran de plazo cierto, la facultad rescisoria incausada sólo podría ejercerse de buena fe, con posterioridad dentro de un plazo razonable para que el franquiciado pueda recuperar su inversión. (Farina, 2005)

Finalmente, dentro del proyecto de unificación, se debe tener presente un factor que también cobra mucha importancia a la hora de redactar y celebrar un contrato de franchising, es el “idioma”, el cual debe estar claramente regulado, y en la etapa de redacción del contrato, se deberá procurar que se redacte en el idioma nacional o el que acuerden las partes, permitiendo en todo caso que su lectura sea clara y fácilmente legible para evitar posibles conflictos de interpretación.

4.6 METODO DE SOLUCION DE CONFLICTOS: JURISDICCION

El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano,⁴⁵ en su artículo uno, inciso primero establece que *“La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y juezas y jueces establecidos por las leyes”*. La suscripción de un contrato de franquicia de forma implícita y expresa lleva incluida la expresión de la voluntad de las partes, y el consentimiento se manifiesta con la firma de las partes, que es la aceptación del contenido íntegro del instrumento vinculante llamado contrato, y que es ley para ellas. Cuando las partes expresan en el contrato de franquicia que en caso de conflicto se someterán ante un juez o un árbitro, de forma libre, consciente y voluntaria, renuncian a cualquier otra jurisdicción que la Ley prevea para esos casos, puesto que es la manifestación de su voluntad contenida en ese contrato la que traslada el conocimiento de la controversia que se originase de la ejecución contractual ante una instancia judicial o arbitral para que resuelva en derecho, la discrepancia o controversia suscitada.

El inciso tercero del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil determina el ámbito de la jurisdicción y establece que es contenciosa cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho. En el caso de suscitarse controversias sobre la ejecución contractual, y ante la inexistencia de cláusula que establezca la jurisdicción a la que se someten las partes, será la jurisdicción contenciosa la que imperará a la luz de la norma

⁴⁵ Código de Procedimiento Civil, Art. 3. R.O. 58 S, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 12 de julio de 2005.

invocada.⁴⁶ En este tipo de jurisdicción se sustancia la existencia de conflictos de intereses o de voluntades, cuyo efecto es que la una imputa a la otra la negación o la violación de un derecho. Este tipo de jurisdicción se caracteriza por la traba de la litis y la existencia de debate dialéctico, a pesar que en algunos casos no se exprese de manera formal y explícita, como cuando el demandado se allana a la demanda o no se defiende en el proceso, y este continúa en rebeldía del demandado. La sentencia dirime ese conflicto a contienda judicial.

Los sujetos intervinientes en el contrato de franquicia, al intervenir en un proceso judicial de reconocimiento de derecho, a la culminación de este, uno de ellos resultará vencedor y otro vencido. Esta jurisdicción contenciosa es la que se evidencia en los conflictos derivados de las discrepancias contractuales y se distribuye por el territorio, por lo que para los efectos del contrato de franquicia, es importante identificar la cláusula contractual que determine la jurisdicción territorial a la que se someten los suscriptores, puesto que de ella nace entonces la jurisdicción contenciosa y la plena y la válida sustanciación de un proceso para el reconocimiento de un derecho. El doctor Víctor Manuel Peñaherrera (citado en López Cabrera, 2012), en sus lecciones de *Derecho práctico civil y penal*, manifiesta: “*consiste en que cada Juez conozca de cierta clase de asuntos, a fin de que estos, convenientemente separados entre sí, puedan ser mejor atendidos y despachados, conforme lo requiera su naturaleza especial. En virtud de ello, el Poder Judicial se divide en líneas u órdenes jurisdiccionales*”. (p. 150)

La jurisdicción voluntaria ordinaria o común es aquella a la cual están sometidas todas las personas y cuestiones no excluidas por disposición de la ley, o para las cuales no se han establecido jueces especiales. La jurisdicción convencional surge de la expresión de la voluntad de las partes al suscribir un contrato o un convenio. El Código Civil contempla, en el artículo 1460,⁴⁷ la cláusula accidental: [...] *y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales, por ejemplo: la cláusula de las controversias, mediante la cual los contratantes establecen la autoridad judicial o arbitral, ante quien se someten para la solución de un conflicto*. Cuando se trata de conflictos de jurisdicción local, existe un órgano supremo, la Corte Nacional de Justicia, que dirime conflictos de competencia cuando son atribuibles a su tarea, o en su defecto la Corte Provincial de Justicia, donde, en razón del grado, los jueces se disputan la jurisdicción.

Este organismo no existe en el Derecho Internacional de los negocios, dificultando un poco la determinación del ámbito de la jurisdicción, ya que no todos los países tienen la misma

⁴⁶ Código de Procedimiento Civil, Art. 3, R.O. 58 S, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 12 de julio de 2005.

⁴⁷ Código Civil Ecuatoriano, Art. 1460. R.O. N° 46: 24-06-2005. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.

regulación en la materia, excepcionalmente temas puntuales. Es necesario puntualizar que los juristas continentales siempre enfocaron el contenido del Derecho Internacional Privado como un problema de conflicto de leyes, y solo merced al aporte de los juristas anglosajones se reconoce el conflicto de jurisdicciones. En la doctrina, esto último se denomina “problemas de la competencia internacional”, y consiste en la adjudicación de casos entre los Estados, con presencia del juez concreto que, en cada Estado, se considera competente. Esto ha establecido la presencia del *forum shopping*, donde los litigantes intentan, sobre la base de distintas normas conflictivas entre sí, convencer a diferentes tribunales a fin de que declaren su competencia para conocer un asunto determinado.⁴⁸

La eficacia de un pronunciamiento judicial, a ser cumplido fuera del tribunal en el cual se sentenció, depende de qué tribunal tenga jurisdicción internacional, según la ley del país, donde dicho pronunciamiento deba surtir efecto. Un caso puede ser juzgado en otro país, según las normas de jurisdicción del juez extranjero, y, no obstante, esa decisión puede no ser eficaz en nuestro país, aunque sí en otras jurisdicciones. La clasificación de la jurisdicción en nuestro país de acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimiento Civil es “*voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional*”.⁴⁹ En Argentina, la jurisdicción puede ser exclusiva o concurrente al igual que en otros países en el extranjero, se puede establecer condiciones diferentes para la concurrencia, por ejemplo, así como el acreedor puede demandar el cumplimiento de una obligación en el extranjero o en el domicilio del deudor, a su elección, la legislación extranjera puede prever que el deudor tenga la posibilidad de optar, o establecer que sólo el país donde se celebró la obligación tenga jurisdicción exclusiva. En estos casos, los términos “jurisdicción” y “competencia” se utilizan como sinónimos, ya que toda la literatura extranjera trata de jurisdicción.

En otros países como por ejemplo en los Estados Unidos de América, por su particular sistema Federal; en el Reino Unido de Gran Bretaña, Escocia e Irlanda del Norte, donde coexisten siete diferentes sistemas legales, surgen múltiples problemas jurisdiccionales. Incluso en el sistema de Common Law o derecho consuetudinario, donde existe el Statute Law o ley escrita, como por ejemplo el Tratado de Bruselas sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias Extranjeras en temas Civiles y Comerciales, firmado por los países miembros del mercado común. Sin embargo, las legislaciones internas de cada país en materia de competencia internacional, tienen principios comunes, o que al menos han sido aplicados

⁴⁸ López Cabrera A.G. (2012). “El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa”. Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador.

⁴⁹ Código de Procedimiento Civil, Art. 3. R.O. 58 S, 12 de julio de 2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

con cierta uniformidad como por ejemplo: el domicilio del deudor es universalmente aceptado como atributo de competencia. La existencia de bienes muebles e inmuebles en el país es otro criterio para determinar la competencia internacional. El lugar del cumplimiento del contrato también determina la competencia. En materia de delitos o cuasi delitos es competente el juez del lugar del hecho, pero los tribunales norteamericanos distinguen el lugar del hecho del lugar donde se causó el perjuicio. En muchos casos privilegian a este último.⁵⁰

El juez anglosajón, por ejemplo, debe observar en qué país tendrá lugar la prueba del pleito, en qué difiere la ley del otro Estado con la ley inglesa en las cuestiones sustanciales; con qué país está vinculada cada parte, y si los demandados desean ser juzgados en otra jurisdicción nacional o solo tratan de aprovecharse de ciertas ventajas procesales. De cómo se prioricen dichos elementos surge, fundada, la competencia del juez. La legislación ecuatoriana reconoce la posibilidad de que las partes, de forma voluntaria, se sometan a la jurisdicción convencional, es decir aquella que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la Ley, tal como lo dispone el inciso final del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil anteriormente descrito.

Existen distintos métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales cabe distinguir: la transacción, la mediación y el arbitraje.

4.6.1 LA TRANSACCIÓN

Desde el punto de vista jurídico, la transacción, tal y como lo describe el Código Civil Ecuatoriano en su Art. 2372 es *“un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*.⁵¹ En otras palabras, se puede decir que la transacción es un negocio extrajudicial, o sea, una convención regulada por el derecho material que produce efectos extintivos entre las partes, los cuales le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Además, la transacción pone término a la litis cuando se trata de un pleito pendiente entre dichas partes, pero para que este efecto procesal proceda, se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, para que el juez declare la terminación del juicio.

⁵⁰ Código de Procedimiento Civil, Art. 3, R.O. 58 S, 12 de julio de 2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

⁵¹ Código Civil Ecuatoriano, Art. 2372, R.O. N° 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Concluyendo, esta figura jurídica, genera entonces un doble efecto, según lo descrito en las líneas precedentes, y por ello la ley la considera como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria, la cual se puede efectuar antes de que se presente un conflicto, con el ánimo de precaverlo, o cuando se ha presentado, lo cual funciona como un mecanismo de terminación anticipada del proceso.

4.6.2 LA MEDIACIÓN

Dentro de los métodos alternativos de solución de conflictos, la mediación es considerada como uno de ellos, y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se encuentra contemplada en la Ley de Arbitraje y Mediación,⁵² la cual en su artículo 44 la define como “*un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto*”. La función del mediador no es brindar la solución al conflicto que se haya suscitado entre las partes, sino propiciar un acercamiento entre ellas a fin restablecer las negociaciones y ayudar a las partes a superar las desavenencias. Sin embargo, sí que está habilitado el mediador para proponer soluciones al conflicto pero no con carácter imperativo y aunque sus propuestas no resultaren del todo satisfactorias para alguna de las partes, existen aún otros medios alternativos por los cuales podrían optar, como el recurso de arbitraje internacional, entre otros.

4.6.3 EL ARBITRAJE

Para abordar el arbitraje, antes de entrar a la definición legal que establece nuestra Ley de Arbitraje y Mediación⁵³, me remito a postulaciones doctrinarias respecto de este método alternativo de solución de conflictos:

Claudia Quintero Jaramillo⁵⁴, define al arbitraje como “*El procedimiento por virtud del cual las partes afectadas por una controversia pretenden resolverla, de manera ágil y amistosa, con la intervención de un tercero imparcial, a través de un laudo*”. Según el tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry (2003, citado en López Cabrera, 2012), “*el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui géneris, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción*”

⁵² Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 44, R.O. N° 417 de 14 de diciembre de 2006; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

⁵³ Ley de Arbitraje y Mediación, Quito-Ecuador, 29 de noviembre de 2006.

⁵⁴ QUINTERO JARAMILLO. Claudia. “*Naturaleza Jurídica del Arbitraje en materia de protección al Consumidor*”, México 1999, p. 4.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/99/art/art1.htm>.

para proferir un laudo de la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial". (p.157) Marco Gerardo Monroy Cabra (2002, citado en López Cabrera, 2012) considera que el arbitraje es *"un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes de acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función"*. (p. 158)

Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación⁵⁵, en su artículo 1, manifiesta que: *"El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de una transacción existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias"*. El mismo cuerpo legal distingue las clases de arbitraje: a) administrado, b) independiente, c) de equidad o d) de derecho. Se denomina arbitraje administrado cuando se desarrolla con sujeción a la Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje y arbitraje independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con sujeción a dicha Ley. Mientras tanto, el arbitraje en derecho es aquel cuya decisión arbitral está fundada en el derecho positivo vigente, en la jurisprudencia y en la doctrina, para cuyo efecto los árbitros deben ser abogados. Y, el arbitraje es en equidad cuando los árbitros actúan conforme a su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica, y los árbitros no tienen la obligación de ser abogados. (López Cabrera, 2012)

Los laudos emitidos por los árbitros gozan del mismo efecto de una sentencia emitida por un juez. Sin embargo, el principal objeto que se persigue al elegir el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, tanto en Ecuador como a nivel mundial, es encontrar una alternativa más económica para la solución de sus controversias, colocándolo como un sistema de instancia única en los conflictos de esta índole, ya que preferir la jurisdicción ordinaria como un sistema de solución de conflictos para el que aplica el derecho, implica más requisitos procedimentales, donde siempre cabe la posibilidad de que una instancia superior revise la decisión adoptada en primera instancia, generando un proceso más largo, tedioso y costoso. El arbitraje, más que otro procedimiento, es en verdad un acuerdo en el cual las partes pueden escoger libremente la forma como se debe resolver su conflicto, que puede plasmarse mediante su incorporación como una cláusula contractual.

⁵⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1, R.O. N° 417 de 14 de diciembre de 2006; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA: La franquicia comercial constituye no sólo una de las formas más modernas de la distribución comercial sino también una forma de transmitir conocimientos empresarios para emprender un negocio con éxito. Estados Unidos y Canadá son unos de los pocos estados que cuentan con leyes que regulan en forma específica este tipo de contrato. Esta falta de legislación concreta, anexada a la diversidad de formas que el sistema puede adoptar en la práctica y a las características peculiares que adquiere en cada país ha generado que la definición de la franquicia no sea única ni unánime a nivel doctrinario.

SEGUNDA: El desarrollo actual del sistema, no sólo desde un punto de vista jurídico sino también económico, denota que la franquicia o Franchising es una modalidad contractual moderna, diferente de los otros contratos a través de los cuales se pudo llevar a cabo hasta el presente la comercialización de bienes y servicios, mediante el otorgamiento de un derecho de desarrollar un negocio por parte de un otorgante a un tomador independiente. No hay acuerdo doctrinario sobre su naturaleza jurídica y los autores discrepan sobre si se trata de un contrato de los llamados de colaboración (o de cooperación) en los que una parte despliega su actividad en concurrencia con la actividad ajena y de manera independiente, o bien de un contrato de integración económica, en el que el otorgante controla al tomador, tras una apariencia de independencia jurídica y patrimonial.

TERCERA: El aspecto que despunta el sistema consiste en que, aunque existan similitudes entre los contratos de franquicia y otros instrumentos de la distribución comercial, como los contratos de distribución comercial, concesión y agencia, que pesar de su carácter comercial, cumplen otra función y tienen un objeto distinto al de la franquicia, es indudable que los elementos que caracterizan la franquicia, le son propios y están presentes siempre, cualquiera sea el vehículo que las partes adopten para instaurarla en la práctica, se trate de una franquicia local o internacional. Dichos elementos son: *“una licencia de marca, una relación continua de distribución, con integración del franquiciado a la red comercial del franquiciador (“comunidad de intereses”), la transferencia de un know-how, la sujeción al control y asistencia técnica del otorgante, y el establecimiento de alguna forma de retribución del franquiciado al franquiciador por el uso de la marca y del know-how, que generalmente será una regalía periódica. Ellos permiten la duplicación del negocio del franquiciador”*. (Farina, 2005, p. 300)

CUARTA: El carácter atípico del contrato, es evidente en nuestro país es atípico, puesto que no existe legislación específica que lo regule como tampoco existen antecedentes jurisprudenciales, aunque está presente y es legalmente permitido en virtud del principio de

la autonomía de la voluntad contenido en nuestro Código Civil.⁵⁶ Esta falta de legislación dictada a propósito de la franquicia comercial no impide que las normas vigentes le sean aplicables. Así, la Ley de propiedad intelectual y toda la normativa referente a propiedad industrial (marcas sobretodo) que existen en varios países, tienen incidencia directa en razón de los elementos de la propiedad industrial involucrados. A su lado, está presente además la ley de Defensa del Consumidor que brinda protección a quienes son usuarios de la prestación del servicio y pueden verse afectados en algún momento.

QUINTA: La doctrina ha demostrado un notable y plausible esfuerzo respecto de caracterización del contrato de franquicia, y sumándome a esa labor, comparto la opinión de Farina (2005), en *“considerar al contrato de franquicia como un contrato de colaboración, en el que no hay intereses contrapuestos sino que ambas partes tienen intereses comunes y los une la misma finalidad, que es la organización de la venta de bienes o servicios objeto de la franquicia. La entrega del control de la empresa al franquiciador por parte del franquiciado resulta entonces un caso patológico en relación a lo que debe ser un contrato de franquicia, en el que existe un equilibrio y una independencia de ambas partes, con la asunción del riesgo empresario que es propio de dicha independencia”*. (p. 301)

SEXTA: Franchising o Franquicia Comercial, definida su naturaleza jurídica como contrato de colaboración y establecidas las diferencias con las figuras jurídicas que parecen afines como los contratos de agencia, distribución y concesión, hay que tener presente que la franquicia en la práctica adopta la forma de un contrato con cláusulas predispuestas. A su vez, por ser un contrato atípico y por ende carente de normas expresas que lo regulen, su régimen principalmente reside en la propia voluntad de las partes expresada en la convención y en los principios generales de los contratos.

SEPTIMA: La legislación ecuatoriana debe determinar los derechos del franquiciado para requerir la terminación unilateral del contrato, basándose en causales legalmente establecidas, con mayor énfasis cuando los incumplimientos originen nulidad contractual. Se puede establecer dentro del marco legal la existencia de un contrato de promesa de franquicia, el mismo que por voluntad de las partes puede ser de carácter oneroso o gratuito, dejando la posibilidad de incorporar la correspondiente cláusula penal en caso de rescisión. La acción de reclamar daños y perjuicios por incumplimientos, inobservancias a las normas contractuales, no puede pasar por alto al momento de su regulación. Respecto a la figura jurídica de la rescisión del contrato de franquicia comercial si bien no está contemplada en nuestra legislación, la Asociación Ecuatoriana de Franquicias podría lograr agrupar a los franquiciadores, estimular la autorregulación al respecto, sugiriendo que en un contrato de estas características la posibilidad de ser rescindido sólo pueda efectuarse

⁵⁶ Código Civil Ecuatoriano. R.O. N° 46: 24-06-2005. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.

luego de que haya transcurrido cierto tiempo y en base a las cláusulas que el ordenamiento jurídico ecuatoriano consagra para los contratos en general.

En realidad, todos los organismos como el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, los Organismos de Ciencia y Tecnología, las Cámaras de la Producción, Asociación de Franquicias y las Organizaciones de Consumidores podrían y deberían colaborar en el perfeccionamiento de estos contratos dentro del país mediante procesos de información, debate y capacitación. Es responsabilidad de la Función Ejecutiva, la Asamblea Nacional y los involucrados en el desarrollo de la franquicia en el Ecuador aportar y congregar bases instructivas y conocimientos para que en conjunto con la sociedad se dicte un cuerpo legal para lograr un avance integral respecto del contrato de franquicia.

OCTAVA: Lo más razonable y que atiende a un debate latente, es el replanteamiento de la codificación separada y la reconstrucción de un derecho privado (y público) del tráfico que tenga en cuenta las características de la moderna contratación, empezando por reconocer como lo manifiesta Bercovitz (citado en Beltrán Sánchez, 1995), que muchos principios generales están en crisis y deben ser reelaborados para que puedan seguir cumpliendo su función. En efecto, quienes han propugnado la unificación del derecho de las obligaciones sostienen su argumento advirtiendo que el derecho comercial no regula únicamente el fenómeno social del comercio, sino que también un complejo de relaciones de carácter civil, ya que hoy en día la propiedad no constituye el motor de la vida económica sino la empresa que, en materia de códigos, se actúa mediante la confluencia en un solo sistema de derecho civil y comercial. En nuestro derecho nacional, aún no se ha establecido una relación contractual entre franquiciador y consumidor, quien ve dificultado y obstruido su reclamo, salvo el caso de vicio o defecto propios del producto y ello sólo por aplicación de los principios de responsabilidad cuasidelictual y defensa del consumidor.

NOVENA: El surgimiento de la franquicia en el país ha cobrado mucha importancia respecto del fortalecimiento de su institucionalidad jurídica, pues únicamente se ha recogido el ejercicio de derechos y obligaciones plasmadas en el Código Civil. Por ese mismo hecho de ser considerada la franquicia, como un contrato innominado y atípico, ante su acelerado desarrollo y posición en el mercado a nivel mundial, exige una ubicación específica, clara, determinada y plenamente identificada en la órbita de un cuerpo jurídico orgánico, el que para mi opinión considerando el momento en el que hoy nos presenta la economía a nivel global y el ejemplo brindado y matizado con la intención de varios países, debería encajarse dentro de lo que respecta a un capítulo de “Contratos y Obligaciones” dentro de la unificación del derecho privado que he argumentado, con la posibilidad de que se regule en forma específica su aplicación y la operatividad de su objeto a través de una Ley Especial, pues ello generaría un desarrollo y cultura jurídica a nivel nacional e internacional.

DECIMA: Es de vital importancia contemplar los elementos básicos de este contrato, como son la licencia de marca, que debe estar amparada y registrada en su país de origen; y una normativa técnica que permita sin complicación alguna la transferencia del *know how*, cuya capacitación y entrenamiento permanente deben estar acordes con las necesidades del mercado y los estándares de calidad y servicio con que opera la marca. La ley debería exigir la inscripción de este contrato en un registro de franquiciadores que se debe institucionalizar para este efecto, así su normativa estaría en armonía con la Ley de Propiedad Intelectual. En suma, *“el registro del contrato no solo está para conocimiento de terceros, sino que sirve para poder regular las regalías, aprobar el uso autorizado de la marca, proteger el know how, determinar la territorialidad donde va a operar la franquicia, controlar la competencia desleal, la no divulgación de la operatividad de la empresa”*. (López Cabrera, 2012, p. 146). En nuestro país, el registro del contrato de franquicia debería llevarse a cabo ante el Registro Mercantil y el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI).

UNDECIMA: La regulación del contrato de franquicia también debe contemplar los derechos inherentes al operador de la franquicia; la jurisdicción territorial en la que puede actuar el franquiciado; los métodos operativos; los compromisos de asistencia financiera; calidades de los insumos; la publicidad, elementos que requieren un expreso señalamiento, de tal manera que los derechos de las partes contratantes estén totalmente protegidos y garantizados.

DECIMO TERCERA: Es imprescindible reconocer que para regular el contrato de franquicia se debe tomar en consideración el derecho comparado, ya que de la experiencia internacional se puede aprovechar las bondades y dificultades en el desarrollo del proceso de ejecución contractual. La incorporación de normas sustantivas para la regulación del contrato de franquicia debe estar acompañada por un cuerpo reglamentario donde se regule las relaciones precontractuales de las partes pero a su vez el cumplimiento del objeto contractual. Comparto la opinión de López Cabrera (2012) en el sentido de que *“La actividad legislativa de forma inicial debe concentrar su esfuerzo en la definición de la actividad comercial en el régimen franquiciante, y, subsiguientemente, declararlo como un contrato de carácter solemne en razón de que su complejidad y la trascendencia del objeto exigen el cumplimiento de requisitos que revistan el carácter de solemne”*. (p. 153)

DECIMO CUARTA: La propuesta de que se cristalice la unificación del derecho privado pasa de ser algo meramente conveniente y se transforma en una consideración necesaria cuando se toma en cuenta la importancia de la autonomía legislativa del derecho mercantil. La subsistente duplicidad de instituciones civiles y mercantiles en los campos del derecho de sociedades, del derecho de obligaciones y contratos y del derecho concursal carece de todo sentido, porque genera problemas muy graves de orden teórico y, aún más en la práctica, los que podrían ser descartados con la unificación: competencia judicial (en

aquellos ordenamientos donde se mantiene una jurisdicción mercantil separada de la civil), ámbito de aplicación de la ley (problema de *calificación*) y, en ocasiones, incluso trato desigual a las personas.

DECIMO QUINTA: El análisis exhaustivo de la doctrina que se ha ocupado específicamente de las relaciones entre el derecho civil y el derecho mercantil demuestra que el pensamiento de la unificación del derecho privado está claramente enraizado entre los mercantilistas, primordialmente en todo cuanto se refiere a los sectores donde existe duplicidad de instituciones, y en que el dividir al derecho privado se manifiesta fundamentalmente como una cuestión académica, pensamiento sustentado incluso por los pocos autores que rechazan la unificación, quienes sostienen, al mismo tiempo, que la autonomía sustancial del derecho mercantil no se vería amenazada por la unificación formal o legislativa del derecho privado, más bien la juzgan conveniente.

DECIMO SEXTA: El reconocimiento existente en nuestra legislación a la legislación mercantil como separada y distinta de la legislación civil, al igual que en otros sistemas, aunque parezca que la Constitución de la República pudiese dificultar la unificación del derecho privado, no es más que un aparente obstáculo, no sólo por la posibilidad de reforma constitucional ni por el hecho de que la delimitación de lo mercantil vendría exigida única y exclusivamente a efectos de determinar la competencia estatal, lo que puede hacerse sin dificultades en el seno de una ley unificadora, sino también, porque el propio texto constitucional propicia, al amparo de la unidad de mercado,⁵⁷ la unificación de aquellos sectores en los que existe duplicidad normativa sobre todo en el campo atinente al derecho de obligaciones y contratos.

DECIMO SEPTIMA: La propuesta de unificación de estos campos del derecho basada en una unificación con leyes especiales, propicia una legislación más fluida y, en consecuencia, fácilmente modificable para adaptarla a las cambiantes circunstancias. Siguiendo a Girón (Farina, 2005) *“posiblemente podría pensarse que con grandes Leyes que tengan conciencia de su recíproca concordancia y de su relación con el Derecho civil, se podía tender simultáneamente a la finalidad básica de seguridad jurídica y a la permanencia de la*

⁵⁷ **Constitución de la República del Ecuador. Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

1. Desarrollar, fortalecer y dinamizar los mercados internos a partir del objetivo estratégico establecido en el Plan Nacional de Desarrollo.
2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial.
3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.
4. Contribuir a que se garanticen la soberanía alimentaria y energética, y se reduzcan las desigualdades internas.
5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.
6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

concordancia de la legislación con el proceso evolutivo de la estructura social”⁵⁸

⁵⁸ **Constitución de la República del Ecuador. Art. 423.-** La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: 1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. 3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad.

BIBLIOGRAFIA CITADA

Arana Gondra. Francisco Javier (1987). *“Orientaciones Modernas de la Legislación Mercantil”*. Serie Documental 9. Ediciones del Instituto de Censores Jurados de cuentas en España. Madrid. Pp. 76-78

Bescós. Modesto (1990). *“Factoring y franchising”*. Pirámide. Madrid-España. p. 119.

Beltrán Sánchez. Emilio (1995). *“La Unificación del Derecho Privado”*. Madrid -España, pp. 55-59, 64-72, 98-102.

Carvajal Arenas. Lorena. (2006). *“La Unificación del Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales”* (*“Unificación of the Law Concerning Civil and Commercial Liabilities”*). Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII Valparaíso-Chile.

Farina. Juan M. (1999). *“Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresaria”*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 2a edición actualizada y ampliada. Buenos Aires - Argentina. pp. 146-148, 477-481, 485-496.

Farina. Juan M. (2005). *“Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresaria”*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. 2a edición actualizada y ampliada. 3era edición. Buenos Aires - Argentina. pp. 187-202, 241-243, 256-276, 296-298.

López Cabrera. Andrea Gabriela (2012). *“El Contrato de Franquicia, del Conocimiento a la Normativa”*. Tesis de Grado. Universidad Internacional del Ecuador. Quito – Ecuador. pp. 13-14, 37, 133- 137, 156- 159, 205- 206, 211-, 224, 271-294.

Sánchez Calero. Fernando (1991), *Instituciones de derecho mercantil, Volumen II.* , Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. p. 128-131.

Vicent Chuliá (1990-1991). *“Doctrina, ciencia de la legislación e institucionalización del derecho mercantil en la última década, en homenaje a Broseta”*. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tercera edición. Barcelona - España. Pp. 4043-4121.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Castan (1926). *“Derecho Civil español, común y foral”*. Segunda Edición. Madrid – España.

Ferri (1991). *“Manuale di Diritto Commercialte”*. Octava Edición. Torino – Italia.

Irti (1992). *“La edad de la descodificación (traducción)”*. Barcelona – España.

Ropo (1991). *"Diritto Commerciale"*. Tercera Edición. Bari – Roma.

Tallon. Denis. (1983). *"Civil Law and Commercial Law"*. Chapter. 2 du vol. VII de l'International Encyclopedia of Comparative Law. Lyon-Francia. Pp. 85-120

Ureña (1888), *"Ensayo de un plan orgánico de un curso de Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América"*. p. 35

UNIDROIT - Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (2002). *"Model Franchise Disclosure Law"*. Roma – Italia.

REFERENCIAS LEGALES:

- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N 449. 20 de octubre de 2008. Quito-Ecuador.

- Código Deontológico Europeo de la franquicia, 1991.

- Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. R.O. N° 46: 24-06-2005. Quito - Ecuador.

- Código de Procedimiento Civil. R.O. N° 58: 12-07-2005. Quito - Ecuador.

- Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 1202, de 20-ago-1960. Quito - Ecuador.

- Ley de Defensa del Consumidor. Ley 2000-21 (R.O. S 116 / 10-Julio/2000). Quito - Ecuador.

- Real decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores. España.

- Código Civil. BOE núm. 157, de 02-07-2005. España.

- Ley de Ordenación de Comercio Minorista de España. Ley 7/1996, del 15 de enero. España.

- Ley 20 de julio de 1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. España.

- Ley de Marcas. Ley No. 22.362 - B.O. 2/1/81. Argentina.

- Ley Nº 24.240 Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Sancionada: Setiembre 22 de 1993. Promulgada Parcialmente: Octubre 13 de 1993. Argentina.

BIBLIOGRAFIA OBTENIDA DE PUBLICACIONES Y ARTICULOS EN SITIOS WEB:

- Quintero Jaramillo. Claudia. (1999). *"Naturaleza Jurídica del Arbitraje en materia de protección al Consumidor"*. México. p. 4, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/99/art/art1.htm>.

- Lazaro Sanchez. Emilio J. (2000). *"CONTRATO DE FRANQUICIA (ASPECTOS BÁSICOS)*. "Anales de Derecho Universidad de Murcia. Número 18. Pp. 91-116. <http://www.marke0ting-xxi.com/obligaciones-del-franquiciador-y-del-franquiciado-74.htm>

- López Guzmán. Fabián. (2001). Tesis de Grado: *"El derecho de empresa. La participación de los trabajadores. La cogestión"*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá- Colombia. http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CEkQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.refdugr.com%2Fdocumentos%2Farticulos%2F47.doc&ei=CJtuUoCkNMyl7Ab2qlGwBA&usg=AFQjCNEr_8njdXi2yDi0SmZrA9nqINl8g
<http://app.vlex.com/#/vid/unificacion-referencias-colombiano-50234743>

- Santillan. Guido. (6 de mayo de 2010). *"LAS PRIMERAS FRANQUICIAS EN EL ECUADOR"*. http://www.ecuafranquicias.com/las_primeras_franquicias_en_ecuador_4845.htm

- Villagrán. Leonidas. (2012). *"Aspectos Legales de la Franquicia en Ecuador"*. <http://ecuafranquicias.homestead.com/leonidasvillagran-aspectoslegales.html>

- América Economía. (08 de diciembre de 2012). *"Conozca cómo se desarrolla la industria de las franquicias en América Latina"*. <http://www.franquicia.net/montar-una-franquicia/que-es-una-franquicia>

- http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf
Año de consulta: 2012

- <http://ecyl.galeon.com/FRANQUICIADOR.htm>. Año de consulta: 2012

- http://www.rhproperties.es/franquiciate1/Franquiciate-1-Que-es-una-franquicia_a1.html
Año de consulta: 2012

- <http://www.franquiciadirecta.com/top500/articulo/lafranquiciaeneuropapasadopresenteyfuturo/19/>
Año de consulta: 2012

- <http://www.franquicias.us/negocios/empresas/funcion-economica-de-la-franquicia/>
Año de consulta: 2013

- <http://www.infofranquicias.com/fd-1348/franquicias/Mc-Donalds.aspx>
Año de consulta: 2013

- www.asofranquicias.com/objetivos.htm
Año de consulta: 2013

- <http://portaldocomerciante.xunta.es/Archivos/ArchivosImpBiblioteca/contrato-de-franquicia.pdf>
Año de consulta: 2013

ANEXO 1

ESQUEMA TENTATIVO DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA

Cada contrato de Franquicia responde a diferentes necesidades y contendrá sus propias peculiaridades y estrategias según el acuerdo entre las partes. Sin embargo, un esbozo tentativo de un contrato de franquicia que incluya lo que se ha descrito y analizado en el presente trabajo me parece pertinente incluirlo como una pauta y modelo educativo para quienes se desenvuelven en esta área del derecho.⁵⁹

CAPITULO PRIMERO: CONSIDERANDOS

1. Antecedentes
2. Definición de Términos
3. Denominación de Cláusulas
4. Interpretación del Contrato
5. Modificación del Contrato

CAPITULO SEGUNDO: LICENCIA DE FRANQUICIA

6. Otorgamiento de Franquicia
7. Del Territorio
8. Vigencia del Contrato de Franquicia
9. De la renovación
10. Relaciones entre las partes
11. Responsabilidad del Franquiciado sobre sus acciones
12. No garantía de resultados
13. Permisos Gubernamentales, municipales, etc.

CAPITULO TERCERO: PAGOS AL FRANQUICIADOR

14. Del derecho de entrada y de las regalías
15. Forma y lugar de pago
16. De la publicidad y del Fondo de Publicidad

CAPITULO CUARTO: DEL MANEJO DE LA INFORMACION Y DE LAS MARCAS

⁵⁹ El modelo fue tomado de un artículo publicado en internet (año 2012)
Villagrán L. (2012). "ASPECTOS LEGALES DE LA FRANQUICIA EN ECUADOR"
<http://ecufranquicias.homestead.com/leonidasvillagran-aspectoslegales.html>

- 17. Confidencialidad
- 18. Del uso de la Propiedad Intelectual

CAPITULO QUINTO: DEL PUNTO DE FRANQUICIA

- 19. Del Proceso de Apertura
- 20. De la Uniformidad de los locales de la Franquicia
- 21. Registros Contables Uniformes
- 22. Acceso a los registros e instalaciones
- 23. De los Productos
- 24. Contratación de Servicios Especiales
- 25. Mantenimiento de Equipos
- 26. Seguros

CAPITULO SEXTO: DE LA CAPACITACION Y MEJORAMIENTO CONTINUO

- 27. De la capacitación
- 28. Convenciones o Programas de Capacitación

CAPITULO SEPTIMO: OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES

- 29. Obligaciones del Franquiciador
- 30. Obligaciones del Franquiciado

CAPITULO OCTAVO: DE LA TERMINACION DEL CONTRATO Y EFECTOS

- 31. Causas de terminación del contrato
- 32. Declaración relativa a Terminación
- 33. Omisión del Franquiciador sobre incumplimiento
- 34. Obligaciones al término del contrato

CAPITULO NOVENO: DISPOSICIONES GENERALES

- 35. Cesión de Derechos
- 36. No competencia
- 37. Licitud de fondos
- 38. Sanciones y Multas
- 39. Solución de conflictos
- 40. Notificaciones