



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
ESCUELA DE DERECHO

TEMA: “El Contrato de Franquicia Comercial en la Legislación Ecuatoriana”

Trabajo de Titulación previo a la obtención del Título de “Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República”

AUTOR: Mario Sebastián Bustamante Fajardo

DIRECTOR: Dr. Esteban F. Coello M.

Cuenca ,Ecuador

2019

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar un sentimiento de gratitud para todos los miembros de mi familia, que de alguna forma influyeron positivamente en la realización de este Trabajo. De igual manera, agradezco infinitamente a mi director el Dr. Esteban Francisco Coello Muñoz, quien me ha brindado sus conocimientos y orientado en el momento oportuno.

Así mismo, expreso mi agradecimiento sincero a la Universidad del Azuay, a la Escuela de Derecho, a sus distinguidos profesores y funcionarios, por brindarme la oportunidad de enriquecerme de sus conocimientos y ser parte de tan noble Institución

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico primeramente a Dios por regalarme la vida, brindarme salud y sabiduría para culminar mis metas y objetivos académicos. De igual forma, a mis padres, Vicente y Aida, quienes me han guiado por el camino del bien con sus sabios consejos. Dedico especialmente a mi amada esposa, Yesica, quien junto a mis hijos: Juan Sebastián y Samantha Daniela, se han convertido en el pilar fundamental en este caminar, han sido ellos la motivación y mi motor para desarrollar con éxito el presente Trabajo de Investigación.

RESUMEN

El presente estudio aborda la conceptualización de una franquicia analizando las atribuciones del franquiciante, sus responsabilidades con la marca y su ética en relación con la generación del contrato, del mismo modo las responsabilidades del franquiciante en relación a la imagen y distribución de productos, paralelamente se analiza cada una de las características de los contratos, desde su génesis hasta su finalización, en la misma línea se plantea al modelo franquiciatario como un modelo ganar-ganar en el ámbito económico, y en contraste se demuestra la necesidad de una normativa de regulación de las franquicias, ya que los elementos jurídicos existentes son insuficientes para garantizar un proceso organizado en la aparición de una franquicia, su sostenimiento y las responsabilidades sobre todo de la parte franquiciante.

Franquicia, contrato, franquiciante, franquiciatario, normativa

ABSTRACT

This study conducted an in-depth analysis of franchise contracts and their development within the Ecuadorian law. The attributions of the intervening parties, the responsibilities with the brand, the ethics in the generation of the contract, the image and the distribution of products were analyzed. Each characteristic of this type of contract was analyzed from beginning to end. The franchise model was proposed from the economic perspective as a win-win model. The need for a special regulation for franchises was demonstrated as current regulations are insufficient to guarantee an organized process in the appearance and support of a franchise.

Keywords: Franchise, contract, franchisor, franchisee, regulations.



Translated by
Ing. Paul Arpi

INDICE DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	I
DEDICATORIA	II
RESUMEN	III
INDICE DE CONTENIDO	IV
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1	2
1. GENERALIDADES DE CONTRATOS EN EL ECUADOR	2
1.1 Concepto.	2
1.2 Autonomía de la Voluntad.	2
1.3 Contratos Mercantiles	3
1.4 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES	5
1.4.1 Contratos Unilaterales y Bilaterales	5
1.4.2 Oneroso y Gratuito	5
1.5 Contratos consensuales, solemnes o reales.	6
1.6 Contratos Innominados.	6
1.7 Problemática de los Contratos de Franquicia Comercial.	6
1.7.1 Franquicias	6
CAPÍTULO 2	12
2 CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL	12
2.1 Elementos Del Contrato De Franquicia	12
2.1.1 Elementos Esenciales	12
2.1.2 Elementos noesenciales	13
2.2 Relación entre Franquicia Comercial y Propiedad Intelectual	15
2.3 Terminación Del Contrato De Franquicia	16
2.3.1 Causas para la terminación del contrato de franquicia	16
2.2. ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN PARA CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL	18
2.2.1 Marcas, concepto y características	18
2.2.2 Características De Una Marca	19
2.2.3 Derechos Que Otorga el Registro de Marca	19

2.2.4 Patentes, Concepto Y Características.....	20
2.2.5 Know-How, Concepto Y Características	20
2.2.6 Nombre Comercial, Concepto y Características	21
CAPITULO 3	23
3. ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO Y EL CONTRATO DE FRANQUICIA	23
3.1 REGULACION Y CONTROL.....	23
3.2 CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL	24
3.3 DERECHOS DE FRANQUICIA COMERCIAL.....	26
3.4 JURISDICCION DE LA FRANQUICIA COMERCIAL	26
3.5 TUTELA DE LOS FRANQUICIADOS	27
3.6 REGIMEN DE FRAQUICIA COMERCIAL EN ECUADOR	28
3.7 INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA	30
3.8 ¿NECESIDAD DE NORMATIVA SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA?	31
CONCLUSIONES.....	32
RECOMENDACIONES	33
BIBLIOGRAFÍA	34

INTRODUCCIÓN

Los contratos de franquicia comercial se han convertido en una herramienta muy importante para emprender negocios alrededor del mundo, incluyendo Ecuador, y en los últimos años en el país se ha incrementado la oferta de bienes y servicios industrializados; por tanto, dichos emprendimientos son fuente de dinamización económica, y su importante incidencia en el ámbito empresarial son muy altos. Por este motivo este trabajo de grado cree importante estudiar la necesidad o no de crear una legislación para este tipo de contratos, ya que aún no se han definido específicamente en ningún cuerpo legal del país, como tampoco un organismo para su registro y control, solamente contamos con la existencia de normativas legales que sirven como referencia de manera subsidiaria, doctrina y jurisprudencia internacional son los encargados de despegar vacíos jurídicos en la necesaria protección de los derechos de las partes contratantes, de terceros y de los consumidores, en la aplicación de estos contratos.

El presente trabajo priorizará su estudio en el andamiaje jurídico, abordando temas básicos, que permitan al lector desarrollar un contrato de franquicia comercial con seguridad jurídica para las partes, a pesar de carecer de normativa específica para este tipo de contratos dentro de nuestro cuerpo legal; y además, luego del análisis jurídico, establecer la posibilidad de normativa sobre el contrato de franquicia comercial en la legislación ecuatoriana. Para ello, hemos distribuido el desarrollo del presente trabajo en 3 capítulos, en donde, en el primer capítulo realizaremos un análisis sobre la parte de general de los contratos (concepto, autonomía de la voluntad), trataremos de identificar los diferentes tipos de contratos mercantiles, civiles e innominados o atípicos, posterior a ese análisis, abordaremos el estudio del contrato de franquicia comercial (antecedentes históricos, concepto, clases). En el segundo capítulo dedicaremos nuestro análisis al estudio de los elementos de configuración del contrato de franquicia comercial, su relación con la propiedad intelectual y la terminación del mismo, para luego, en el tercer capítulo analizar el ordenamiento jurídico vigente ecuatoriano y el contrato de franquicia comercial y determinar, en base al estudio realizado: **¿LA NECESIDAD O NO DE NORMATIVA SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA?**, siendo este punto el eje principal del presente trabajo de investigación.

CAPITULO 1

1. GENERALIDADES DE CONTRATOS EN EL ECUADOR

1.1 Concepto.

Según el artículo 1454 perteneciente al Código Civil de la República del Ecuador se le atribuye el concepto de que un contrato es un acuerdo mutuo entre dos o más partes con un fin recíproco para la realización de un acto determinado. (Aguirre, 2014)

En base a esta descripción podemos inferir que la manera más habitual de adquirir algún tipo de deber es por medio de un contrato, este interviene tanto en la parte física y jurídica el cual produce una obligación en las partes involucradas ya sea favoreciendo a ambos lados del contrato o solamente la influencia de un lado sobre el otro. Dentro de lo que conlleva un contrato se tiene que tomar en cuenta los derechos y obligación que este implica. (Aguirre, 2014)

1.2 Autonomía de la Voluntad.

Debido a los artículos 11, 1561 y 1576, descritos en el Código civil se puede atribuir el concepto de autonomía de la voluntad como el manejo de mente y cuerpo de una persona sobre sí misma para el desarrollo de diversas actividades sin necesidad de acudir a las acciones legales sobre esa persona, lo que se busca es que la persona decida qué actividades puede realizar sin ser obligado, a excepción de algunos casos. (Proaño, 2010)

Como un concepto óptimo tenemos que la autonomía de la voluntad interviene en todos los vínculos particulares los cuales tienen el poder de moldear y estructurar los contratos a su conveniencia. (Proaño, 2010)

La idea de autonomía de la voluntad se ha empleado de manera absoluta en los contratos presentes en los trabajos legales, así como también hace presencia en la antigua Revolución Francesa relacionándose con la libertad de las personas, así como también incluyendo sus

límites, dentro de las cuales encontramos la parte intocable como es la esencia y no puede contener nada ilegal, todo dentro del contrato. (Proaño, 2010)

1.3 Contratos Mercantiles

Según la doctrina jurídica, los contratos en general, sea cual fuere su rama, crean una obligación para las partes que se comprometen de manera contractual a cumplir con lo estipulado en el documento so pena de penalidades pecuniarias o punitivas, nuestro código civil en su artículo 1454 define:

“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

(Asamblea Constituyente, 2008)

En palabras del tratadista Andrés Bello “El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. En Roma estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica”.

Los contratos mercantiles son aquellos que están legalmente regidos por una rama especial del derecho, el mercantil o comercial, y revestirán el carácter de tales cuando reúnan las características que establezcan las leyes respectivas de cada país. Algunos países consideran que son contratos comerciales los que se realizan entre comerciantes, sin importar su objeto (criterio subjetivo) mientras en otros se toma en cuenta el objeto del contrato, o sea, si tiene un fin de lucro y si intermedia en las relaciones de producción y consumo de bienes, dichos contratos se perfeccionan con la respectiva inscripción en el registro mercantil.(Plaza, 2006)

Para que un acto jurídico contractual tenga valor debe constar de tres elementos:

- Los sujetos;
- El objeto (u objetos);

- El consentimiento (de los sujetos).

Estos tres elementos son de los considerados como "de existencia", por lo que sin ellos no puede válidamente existir en la vida jurídica.(Lefebvre, 2017)

Los contratos mercantiles presentan las siguientes características:

- Se rigen por el Código de Comercio y Leyes Mercantiles.
- Oneroso y/o Gravoso.
- Fines de lucro.
- Son dinámicos.
- Estrictos para el pago no prorrogas.(Lefebvre, 2017)

Al encontrarnos en un Estado Constitucional de derechos y justicia social, nuestra Carta Magna en su artículo 66 inciso 15 garantiza a todo ciudadano el goce de una libertad económica en forma individual y colectiva por ende pueden realizar cualquier tipo de contrato sin afectar el derecho de los demás.

En obsecuencia con nuestra Carta Magna para perfeccionar el comercio en nuestro país se aplican los siguientes tipos de contratos mercantiles:

- **Compraventas con reserva de dominio:** El contrato con reserva de dominio es un acuerdo entre comprador y vendedor por medio del cual el vendedor mantiene la propiedad del bien, pese a entregarlo, mientras el comprador no pague el precio total. Esta reserva de la propiedad tiene efectos de garantía.(Plaza, 2006)
- **Prendas agrícolas o industriales:** Consiste en la entrega al acreedor de uno o más de los bienes determinados en la ley, para la seguridad de su crédito; bienes que permanecen en poder del deudor. (Registro Mercantil de Guayaquil, 2015)
- **Arrendamientos mercantiles (leasing):** El arrendamiento mercantil o leasing es una actividad que se incorpora a la legislación ecuatoriana mediante Decreto Supremo No.3121, de 22 de diciembre de 1978, publicado en el Registro Oficial No.745, de 5 de enero de 1979, se le conoce como un contrato en la cual el arrendatario se compromete a cancelar un valor económico a cambio del goce de un determinado

bien el tiempo de duración es el que las partes acuerdan de manera contractual y se podrá extender acorde las necesidades.(Plaza, 2006)

- **Cancelación de contratos (levantamientos de gravamen):** Cuando las obligaciones son canceladas automáticamente el gravamen que pesa sobre ellas desaparece este acto se perfecciona con la inscripción en el registro mercantil.(Registro Mercantil de Guayaquil, 2015)
- **Cesiones de derechos:** La cesión es la transferencia o transmisión, gratuita u onerosa que hace el cedente a favor del cesionario de un derecho mediante un título que es una forma de tradición del derecho. La cesión puede ser a título de venta, permuta o a título gratuito, siempre con la entrega del título o documento en el que consta el derecho que se transmite.(Plaza, 2006)

1.4CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES

1.4.1 Contratos Unilaterales y Bilaterales. En los Contratos Unilaterales se estipula que el beneficiado será solo una persona ya que, al ser unilateral obliga a una sola parte del contrato, en donde no existirá una compensación para la persona que realiza la acción. Pero en caso de ser un contrato bilateral este llega a ser recíproco de parte a parte obteniendo los mismos beneficios para ambos lados del contrato en donde se realiza una acción de pago hacia una de las partes del contrato para que la otra parte desarrolle lo ya pactado. Esto lo encontramos dentro del Artículo 1455 del Código Civil.(Quintana, 2005)

1.4.2 Oneroso y Gratuito. Como todo contrato tiene un inicio como es la definición tomada del artículo 1456 del Código Civil el cual nos indica que un contrato gratuito no llega a ser beneficioso para ambos lados sino solo para una de las partes participantes del contrato producción que la otra parte salga perjudicada, en cambio un contrato de forma onerosa la actividad y beneficio involucra a ambas partes del mismo contrato el cual suele ser dividido por el lado beneficiado y el lado económico.(Quintana, 2005)

1.5 Contratos consensuales, solemnes o reales. Un contrato se vuelve consensual al ser perfeccionado por el consentimiento de las dos partes creadoras del contrato, en pocas palabras para que un contrato sea legítimo o real este tiene haber sido aceptado con la libre aprobación de las dos partes conformantes del contrato y se vuelven solemnes al ser perfeccionados por la ley en este caso tenemos los ejemplos de un matrimonio, etc. (Quishpe, 2018)

1.6 Contratos Innominados. Denominados también atípicos, son los que se encargan de abarcar todos los bienes intelectuales, por lo cual la mayor parte de estos contratos no suelen ser regulados por la ley, pero a pesar de eso tienen que seguir los principios generales de los contratos innominados, así como también interviene muy de cerca la autonomía de la voluntad. (Vega, 2010) .

Gracias al avance de la relación entre comercios a nivel del mundo se ha vuelto un tipo de contrato sumamente común, así como también al avance de la tecnología combinado con los diversos métodos actualizados de servicios comerciales producen nuevos métodos para contratar, los cual puede conformar una franquicia comercial, de esta manera todas las normas creadas para este tipo de contrato no ha podido sujetarse y se han retrasado durante el proceso, razón por la cual se ha dado reconocimiento a los contratos atípicos.(Vega, 2010)

1.7 Problemática de los Contratos de Franquicia Comercial.

1.7.1 Franquicias

1.7.1.1 Antecedentes De Otorgamiento De Derechos

Para entender el funcionamiento de una red de franquicias en primera instancia debemos hacer un retroceso cronológico, de este modo el primer antecedente franquiciario se remonta a la Edad Media donde se convirtió en una especie de legado/tradición que los Gobiernos Locales ofrecieran a personas de alto nivel una forma de licencia para que éstas tengan la potestad y el derecho de mantener el orden ciudadano e instaurar y reclamar pagos de impuestos sobre los bienes de la comunidad.(Sosa, 2008)

Mas a futuro, a mediados del Siglo IX, esta noción o concepto se usó también con la primera cruzada, donde se les otorgó a los caballeros el derecho a conquistar territorios dejando de lado la voluntad de las personas que habitaran los mismos, caballeros cuyo tributo al rey se veía en el compartir de las ganancias obtenidas, siguiendo la misma línea y en una época similar se utilizó por primera vez la palabra franquicia para dar nombre a los acuerdos concesionarios (de derechos y desarrollo de actividades) entre la Corona Francesa y los ayuntamientos de las diferentes localidades que integraban el reino denominándolas “Villa Franche”.(Sosa, 2008)

1.7.1.2 Nacimiento De Las Franquicias

El origen “oficial” de las franquicias de remonta al siglo XIX, precisamente al año 1850, cuando la fábrica de máquinas de coser The IM Singer Company empezó a otorgar franquicias para la venta de sus productos, situación que a posteriori generaría esta iniciativa en diversas compañías petroleras y automovilísticas quienes tomarían éste modelo a partir del siglo XX, cobrando fuerza en el mercado norteamericano a partir de 1960, paralelamente uno de los consorcios hoteleros más grandes de la actualidad Howard Jhonson’s reprodujo el concepto de franquicias en hoteles y restaurantes en la costa atlántica de Estados Unidos, con la diferencia que no solo promulgaba la marca sino junto a ella el concepto de solidez y alta calidad.(Cevallos & Ochoa, 2010)

Tabla 1:*Franquicias principales*

NOMBRE	DOMINIO	AÑO	
		FUNDACIÓN	CONCESIONES
Singer Sewing Machine Company ®	Máquinas de coser	1851	1851
Coca Cola ®	Bebidas	1886	1889
General Motors Company ®	Automotriz	1890	1898
Pepsi Cola ®	Bebidas	1880	1902
Howard Johnson ®	Hotelería	1925	1935
A&W ®	Comida rápida	1924	1927
Big Boy ®	Comida rápida	1936	1936
Dairy Queen ®	Helados/Comida rápida	1940	1940
Tastee Freeze ®	Comida rápida	1950	1950
Mc Donald's ®	Comida rápida	1937	1955

Fuente: Elaboración del autor.

En la tabla 1 se muestra como varias marcas que son referentes en sus diferentes áreas de dominio, adquirieron su condición de franquicias al empezar a emitir concesiones, situación que a día de hoy es tomada como la primera piedra de un proceso de expansión que culminó en la globalización, instauración y perpetuación de dichas marcas.(Cevallos & Ochoa, 2010)

1.7.1.3 Conceptualización De Franquicia

Haciendo alusión a toda la reseña histórica presentada anteriormente, podemos entender que la palabra franquicia no solo representa su significado de traducción etimológica literal de “proveniente de” sino que hace referencia a un proceso a través del cual un concepto se

expande a diferentes localidades, donde su iniciador, promotor o fundador (franquiciante) entrega el nombre y simbolismos de su marca a un nuevo promotor (franquiciatario) con la finalidad de obtener réditos de la distribución de su bien y/o producto, pretendiendo generar una diferencia entre promotor y distribuidor con un modelo ganar-ganar.(Diaz A. , 2002)

La franquicia entonces, es un formato de negocio dirigido a la comercialización de bienes y servicios, en el cual una persona física o moral (franquiciante) concede a otra (franquiciatario) por un tiempo determinado, el derecho de usar una marca o nombre comercial, transmitiendo los conocimientos técnicos necesarios que le permitan comercializar determinados bienes y servicios.(Diaz A. , 2002)

1.7.1.4 Antecedentes Históricos Del Sistema De Franquicias

Se puede decir que los cambios en el contrato de franquicia han sido notorios, iniciando desde la edad media en territorio europeo, ya que el proceso fue utilizado por la Iglesia Católica para la comercialización de bienes y servicios, esto inicio mediante el cobro de impuestos y las personas encargadas de la recolección recibían un saldo de lo ya recolectado. (Mosquera, 2010)

Otro cambio notorio inicia en 1850 con la fábrica de máquinas de coser llamada Singer Sewing Machine Company, la cual proporciono el derecho de su marca a comerciantes por un determinado precio para que ellos también puedan comercializarlas. (Mosquera, 2010)

Mas actualmente entre 1890 y 1900 marcas grandes estadounidenses como General Motors y Coca Cola optaron por tomar medidas de expansión, dando inicio a una era de expansión entre varias grandes empresas de diversos tipos, a raíz de estas expansiones comerciales se logró que varias empresas se puedan dar a conocer a través de productos capaces de traspasar barreras y fronteras siendo el método más exitoso de expansión en el mundo.(Mosquera, 2010)

1.7.1.5 Concepto en la Legislación Comparada

Como habíamos expuesto en líneas anteriores, no existe normativa específica que regule el Contrato de Franquicia Comercial en el Ecuador, tampoco existe una definición legal sobre este tema, por lo que recurrimos a la Legislación Comparada, precisamente a la Ley de Propiedad Industrial de México, la cual incorporó la definición de franquicia desde el año 2004, en donde en el Artículo 142 nos dice que un franquicia tendrá su inicio en el momento en que el permiso de uso de marca sea dada por escrito y los conocimientos teóricos y prácticos sean transmitidos para la persona que se lo conceda de esta manera podrá producir y prestar servicios de una manera equitativa con los métodos transmitidos por los propietarios de la marca. (Díaz & Flores, 2002)

1.7.1.6 Contrato de Franquicia.

Un contrato de franquicia es un pacto denominado por escrito entre dos entidades en el cual la una (empresa) brinda a la otra entidad el derecho a la utilización de sus métodos de comercio, bienes y servicios para el empleo de estos métodos dentro del mercado. Este tipo de contrato entre franquicias busca desarrollar un incremento económico de parte a parte, por lo cual se requiere un correcto uso de la experiencia en su ámbito de trabajo. (Catellanos, 2006)

En resumen, un contrato de franquicia es la relación entre un franquiciador y un franquiciario buscando un beneficio mutuo en el cual se transmite de un lado al otro el derecho de utilización de marca para desarrollar una actividad comercial, así como el franquiciado se hace cargo de usar el nombre de la marca para un beneficio mutuo. (Catellanos, 2006)

1.7.1.7 Clases de Franquicia.

1.7.1.7.1 Franquicia Comercial.

Este tipo de franquicia llega a ser el más utilizado, ya que llega a permitir un mayor beneficio entre el franquiciado y el franquiciador. Como se mencionó anteriormente el franquiciador transmite todos conocimientos acerca de cómo se controla el negocio y sus secretos así de esta manera el franquiciado será capaz de utilizar todos estos datos a favor de ambas partes del contrato siempre y cuando sea a nombre de la franquicia o marca.(Morejon, 2010)

En este ejemplo de franquicia debe hallarse una asistencia imperecedera entre ambas partes y obviamente la cesión del *Know-How*. Un modelo claro de este tipo de franquicia mencionamos el método de los comercios exitosos de McDonald's, KFC, etc.(Morejon, 2010)

1.7.1.7.2 Franquicia de Distribución.

No existe un completa cooperación entre franquiciado y franquiciador sino el franquiciador brinda la comercialización del producto al igual con el derecho de utilización del nombre comercial, y llega a cumplir la función de intermediario entre las fábricas y empresas encargadas de su distribución, el franquiciador llega a beneficiarse más, ya que el franquiciado solo adquiere un monto por la reventa del producto.(Morejon, 2010)

1.7.1.7.3 Franquicia Industrial.

La principal característica de este tipo de contrato de franquicia es que el franquiciador es el propio fabricante de los productos de su marca, los transporta y vende a locales franquiciados, dentro de este el franquiciador cede el derecho de producción de su marca a los franquiciados y estos los distribuirán en una zona específica tal es el caso de The Coca Cola Company.(Morejon, 2010)

CAPÍTULO 2

2 CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL

2.1 Elementos Del Contrato De Franquicia

En el contrato de franquicia existen dos tipos de elementos constitutivos, los llamados esenciales que son aquellos de los que no se puede prescindir, y los optativos que asumen la particularidad de cada caso. Los mismos se desglosan de la siguiente manera:

2.1.1 Elementos Esenciales

2.1.1.1 Licencia de Marca: El franquiciante al ser el titular del cúmulo de derechos intelectuales, marcas, licencias, nombres comerciales y alegoría distintiva propia de un producto y/o servicio, a través del contrato de franquicia transfiere de manera legal al franquiciado éstas potestades, que implican el paso de la reputación y otras cualidades del producto; de tal forma que exista un acuerdo con el franquiciante todos los modos posibles de uso.(Víctor, 2010)

2.1.1.2 Transferencia del Know-How: Hace alusión al grupo de competencias y conocimientos obtenidos por el franquiciante a consecuencia de la investigación, indagación, experiencia, instrucción, aprendizaje y capacitación, que no se ubican dentro de una patente por no representar una invención como tal, no obstante que fungen como elementos determinantes del éxito comercial de un producto y de por ende de la empresa y cuya protección recae únicamente en la discreción, directamente en el secreto. (Alfaro, 2013)

De tal forma que en el contrato de franquicia la transferencia del *Know-How* es la capacitación teórica y práctica que el franquiciante debe dar al franquiciado de manera estable y constante para la estructuración del trabajo y en general la administración del negocio. (Alfaro, 2013)

2.1.1.3 Regalías: Hace referencia a la retribución que el franquiciado debe hacer al franquiciante por los servicios y la asesoría que éste le brinda; esta retribución generalmente se realiza con el pago de un valor básico inicial (canon) y un valor constante (royalty), pudiendo modificarse el coste y la forma de pago, pudiendo también el royalty asumir un porcentaje de las ganancias mensuales del franquiciado. Las regalías pueden incluir también otros pagos como los referentes a la capacitación extra que brinde el franquiciante e incluso valores por publicidad.(Videla, 2004)

2.1.1.4 Territorio: Hace alusión a la locación delimitada sobre la cual pretende actuar el franquiciado, comúnmente las franquicias tienen directrices en torno a la distancia mínima que deben tener unas con otras, supeditándose a factores como espacio físico, densidad poblacional, otras características culturales particulares, etc.(Pozo, 2014)

2.1.1.5 Método operativo: Hace alusión a la asistencia/colaboración que el franquiciante aporta al franquiciado, representada en un manual operativo mismo que contiene pautas para la resolución de dudas y/o inconvenientes que se le puedan suscitar al franquiciado en el manejo del producto.(Araujo, López, & Peña, 2010)

2.1.2 Elementos no esenciales

2.1.2.1 Compromisos de asistencia financiera: Al promulgar la independencia económica la franquicia asume que la inversión de la empresa le compete al franquiciado, sin que esto sea un impedimento para que el franquiciante respalde al franquiciado en trámites que involucren instituciones financieras con el objetivo de simplificarle la adquisición del monto del financiamiento para el funcionamiento del establecimiento. (Araujo, López, & Peña, 2010)

2.1.2.2 Calidad de suministros: El franquiciante podría imponer al franquiciado la ejecución de pautas estrictas sobre los suministros que hacen que el producto tenga cierta calidad.(Castellanos, 2006)

2.1.2.3 Publicidad: La incorporación de este componente en el contrato posee la finalidad de facultar a quién le compete realizar las acciones publicitarias pertinentes, sea esta de tipo regional, nacional o internacional.(Castellanos, 2006)

2.1.2.4 Cláusulas de no competencia: Este argumento garantiza al franquiciante que el franquiciado no participe en negocios del mismo tipo durante el tiempo de duración del contrato, inclusive mientras se cumpla un plazo establecido por las partes después de finalizado el contrato.(Sancho, 2017)

2.1.2.5 Compras de bienes o servicios: Normalmente el franquiciante es el consignatario de una multiplicidad de elementos indispensables para la comercialización de los productos a expendirse, situación por la cual se podrían generar cláusulas que normalicen esta ligazón, pudiendo por ejemplo estipular un valor mínimo de adquisición periódica; o una limitación de negocio con proveedores ajenos.(Lecompte & Visbal, 2013)

2.1.2.6 Confidencialidad: Asume la inclusión de cláusulas que mantengan la discreción y confidencialidad de elementos prácticos o informativos que no están protegidos por derechos de propiedad intelectual. Mismas que inclusive pueden superar el rango de tiempo de duración del contrato.(Grau, Parker, & Uzal, 2007)

2.2 Relación entre Franquicia Comercial y Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual en relación a las franquicias cumple la función de regulador de aspectos que intervienen en el comercio producido por la franquicia interviniendo ya sea en el nombre, marca, apariencia, en si toda la estructura, estos elementos asumen un punto de convergencia entre la franquicia comercial y la propiedad intelectual denominándose “activos intangibles”, mismos que asumen conceptos que pese a ser particulares dentro de la empresa matriz no son precisamente frutos de una exclusividad intelectual y por ende no están protegidos por derechos de autor como una creación artística, sino son más bien el resultado del procesamiento de información relacionada con eficiencia de producción de elementos o ejecución de servicios. (Estrada, 2002) Dichos conceptos pueden agruparse en:

- Todos los conceptos y prácticas que se transmiten desde el franquiciante al franquiciado a través de entrenamientos y/o capacitaciones de personal, con la finalidad de inicializar, sostener y potencial el funcionamiento de la empresa que se encargue de generar el producto.(Estrada, 2002)y
- Los manuales de operación de la empresa, mismo que poseen directrices estructurales y organizacionales del funcionamiento de la empresa, asumiendo que estos garantizan la uniformidad/igualdad de todos los negocios que componen la cadena de franquicias.(Estrada, 2002)

En el primer caso el ejercicio de protección industrial o propiedad intelectual se ejerce a través de la inclusión en el contrato de cláusulas de confidencialidad y otros acuerdos de discreción entre franquiciado y franquiciante, a manera de salvaguardar la información transferida y en el segundo caso se protege la integridad de las directrices puestas en manuales como un elemento literario, es decir como una texto poético o novela escrita por un autor.(Estrada, 2002)

2.3 Terminación Del Contrato De Franquicia

2.3.1 Causas para la terminación del contrato de franquicia

2.3.1.1 Causas Normales

Son aquellas que hacen referencia a la conclusión del plazo estipulado de duración, por lo tanto, el acuerdo finaliza cuando el plazo expira, acotando que puede o no existir la intención de las partes para la renovación del mismo.(Larios, 2017)

2.3.1.2 Causas Anormales

2.3.1.2.1 Resciliación

Hace alusión a otro contrato, en el que ambas partes manifiestan de manera conveniente finalizar el contrato de franquicia:

Art. 1583 de Código Civil: “por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo.”

2.3.1.2.2 Incumplimiento

Se refiere a cuando una de las partes no haya cumplido con ciertas cláusulas estipuladas en el contrato, la parte afectada tiene la potestad de exigir el cumplimiento de la misma ya sea a través del contratante o por un tercero , las causas más frecuentes de incumplimientos son:

- **Alteración del Know-how.**
- **Competencia desleal:** Hace alusión al caso en el que el franquiciado inicie un negocio igual o semejante al de la franquicia sin la respectiva aprobación del franquiciante estaría cometiendo esta falta, habilitando al franquiciante para finalizar el contrato.(Pérez, 2014)
- **Mora en el pago de regalías:** se puede dar de dos formas, que no se efectúe de forma adecuada el pago, ya sea el inicial o la cuota periódica, o que se esconda

o adultere información referente a las ganancias de las ventas, perjudicando al franquiciante. (Pérez, 2014)

- **Prestación de productos o servicios no autorizados:** Se refiere a la finalización del contrato cuando el franquiciado realiza un cambio arbitrario en las estipulaciones del contrato, como, por ejemplo: la cesión no consentida de la franquicia a un tercero.(Eduardo, 2013)
- **Uso ilegal de las marcas o derechos:** El franquiciado únicamente debe utilizar las marcas para el objeto establecido dentro del contrato, respetando la licencia de marca y otros derechos de propiedad intelectual de los cuales se le haya facultado.(Labariega, 2014)
- **Clausura del negocio:** En el caso ecuatoriano para que una empresa funcione tiene que cumplir ciertos requisitos entre los que tenemos permisos de funcionamiento sanitario, tributario, entre otros, mismos que en caso de incumplimiento acarrearán clausura, afectando de manera directa la reputación de la franquicia y sus respectivas regalías por la suspensión del servicio.(Pozo, 2014)

2.3.1.2.2 Por muerte de una de las partes

- **Por muerte o incapacidad del franquiciado:** Hace alusión al caso de que el contrato de franquicia se haya construido “en función de la persona”, en el que las cualidades del individuo fueron determinantes para el desarrollo del contrato, por lo tanto, queda la excepción de que los herederos del franquiciado se mantengan ejecutando dicho contrato, quedando en potestad del franquiciante continuar o no con dicho negocio.(Pérez, 2014)
- **Por muerte o incapacidad del franquiciante:** La muerte del franquiciante, cuando éste es el único que tiene varias competencias y conocimientos específicos y exclusivos que intervienen en desarrollo normal de la franquicia, el contrato se concluye por fuerza mayor, puesto que la franquicia pasaría junto con sus derechos y obligaciones íntegramente a los sucesores. (Pérez, 2014)

2.3.1.2.3 Por quiebra o concurso de acreedores: Cuando es el franquiciante quien incurre en quiebra o concurso de acreedores, significaría la finalización de la franquicia, ya que a ningún síndico o liquidador puede cubrir el rol de franquiciante, por desconocimiento en el tema, y por los elementos que implican secreto o discreción como el Know-How.(Alfaro, 2013)

En contraste, si el franquiciado es quién quiebra, tenemos dos aristas, que el contrato sea *intuitu personae*, de este modo el contrato se resuelve por sí solo, y que el contrato no sea *intuitu personae*, en dicho caso el negocio puede proseguir con la aprobación de las partes.(Benavente, 2008)

2.3.1.2.4 Por rescisión unilateral: Argumentando el principio de autonomía que goza cada parte, podría establecerse una cláusula que faculte a las partes para finalizar el contrato de franquicia en un instante cualquiera, considerando como condición únicamente la voluntad de terminar el contrato y sin la obligación de presentar alguna causa. Si el contrato establece un plazo fijo de duración, la rescisión asume la responsabilidad de resarcir los daños económicos ocasionados.(Lecompte & Visbal, 2013)

2.2. ELEMENTOS DE CONFIGURACIÓN PARA CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL

2.2.1 Marcas, concepto y características

El Código de Ingenios en su artículo 359 define a las marcas como:

“Se entenderá por marca cualquier signo que se ha apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marca los signos que se han susceptibles de representación gráfica “

El diccionario jurídico Cabanellas define a la marca como:

“la señal o distintivo que el industrial pone a sus productos. (Cabanellas, 2011)

2.2.2 Características De Una Marca

Para que una marca sea efectiva debe cumplir las siguientes características:

- Sintética.
- Transmisor de sensaciones.
- Que sea fácil de reconocer y recordar.
- Original.
- Perdurable
- Adaptable.
- Que sea fácil de leer y de pronunciar.(Yagual, 2011)

2.2.3 Derechos Que Otorga el Registro de Marca

El registro de la marca confiere, entre otros, el derecho del titular a usar, gozar y disponer de la misma; y, adicionalmente el titular de la marca goza del derecho a prohibir por parte de terceros las siguientes actividades.

- El uso en el comercio de signos idénticos o similares para distinguir los mismos productos u otros productos o servicios relacionados;
- La venta, almacenaje o introducción en el comercio de productos que contengan la marca sin la debida autorización de su titular;
- La importación o exportación de productos que contengan la marca registrada;
- Emplear la marca registrada en publicidad, publicaciones, documentos comerciales o comunicaciones escritas; y,
- Todo aquel uso que pueda considerarse análogo o asimilable a lo descrito anteriormente.

De esta manera el derecho marcario busca salvaguardar al titular de una marca evitando que personas ajenas se beneficien del esfuerzo económico que conlleva tener activa una marca en el mercado; y, a su vez, se busca proteger al consumidor, para que a la hora de elegir los bienes o servicios tengan un respaldo de respeto y garantía.(Sperber, 2011)

2.2.4 Patentes, Concepto Y Características.

Para Cabanellas la patente, es un certificado que protege un invento o alguna otra actividad u objeto de la industria (V. Patente de invención). Es una autorización para ejercitar ciertas formas de comercio. La patente de invención es un título que acredita la prioridad en el registro de una invención y que faculta a su creador, explotarla según sus necesidades y requerimientos.(Cabanellas, 2011)

La patente debe cumplir con los siguientes requisitos:

- **Novedad:** Considera que su inversión es nueva.(Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, 2016)
- **Nivel Inventivo:** Cuando se utiliza el nivel intelectual para innovar.(Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, 2016)
- **Aplicación Industrial:** Cuando en ventajosa para la industria.(Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, 2016)

2.2.5 Know-How, Concepto Y Características

Know How como conocimientos técnicos, se menciona:

“En general, y salvo las aclaraciones que sean pertinentes, la expresión Know How, utilizada en la literatura jurídica en lenguas extranjeras, será traducida como conocimientos técnicos. Esta posición puede aparecer contradictoria con nuestro análisis del concepto de Know How, que tiende a demostrar que éste

presenta frecuentemente denotaciones ajenas a la de conocimientos técnicos”.(Cabanellas, 2011).

Es de suma importancia citar un pequeño fragmento de la sentencia Mayo, S.A..c. Thompson Brandt, S.A. donde el Tribunal Supremo ¿de dónde? ha exigido la concurrencia de dos requisitos:

“la información técnica, por un lado, ha de ser secreta y, por otro, ha de poseer valor patrimonial. Secreto tiene, en este contexto, un doble significado. Esta nota concurre cuando los terceros ignoran la información técnica, pero también cuando los terceros simplemente no tienen acceso a la misma. Ignorancia significa desconocimiento, bien referido a la totalidad de la información bien sólo a una parte esencial de la misma o al resultado de la interacción de sus partes. Consecuentemente no es necesario que los conocimientos técnicos secretos también sean nuevos. Como requisito de protección, la novedad queda superada por el secreto, el contenido de la información técnica puede ser ya conocido, lo definitivo es siempre su aplicación, que puede tener lugar en procedimientos distintos o en condiciones hasta el momento desconocidas”
(Segura, 2017)

El Know How es el componente esencial que todo contrato de franquicia debe tener, de no existir, no tendría una particularidad propia de las franquicias, esto constituye un cúmulo de experiencias adquiridas con el único fin de brindar un servicio de calidad al usuario en el sendero de la eficacia y eficiencia.(Arruelas, El Contrato de Franquicia Comercial en Ecuador, 2014)

2.2.6 Nombre Comercial, Concepto y Características

El Código de Ingenios en su art.415 define al nombre comercial:

“Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que se ha apto para identificar a una persona o establecimiento mercantil en el ejercicio de su actividad económica y distinguirla de las demás que desarrollan actividades idénticas o similares “

Según Cabanellas de Torres (2011), en su Diccionario Jurídico señala que:

“Nombre es una palabra o vocablo que se apropia o se da a una persona o cosa, con el fin de diferenciarla y distinguirla de las demás. Basado en este concepto, define al nombre comercial de la siguiente manera: es el que sirve o se utiliza para diferenciar al comerciante en su tráfico. Es aquel que distingue a una casa o empresa de comercio de otras de su género, o a un establecimiento agrícola o fábrica.”(Cabanellas, 2011)

“El nombre social es el signo por el cual se le denomina a una persona natural o jurídica en el ejercicio de ciertas actividades económicas. O sea, es aquel símbolo, imagen, abreviatura, etc. que se utiliza en el mercado comercial para identificar a una persona física o jurídica que ejerce su actividad empresarial o comercial, y que lo distingue de cualquiera de las actividades similares a la de este. Cabe destacar que un establecimiento y/o empresa puede tener más de un nombre comercial; y los nombres comerciales son independientes de las razones o denominaciones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.”

Santaella Lesmi

CAPITULO 3

3. ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO Y EL CONTRATO DE FRANQUICIA

3.1 REGULACION Y CONTROL

El contrato (civil o mercantil) de franquicia consiste en otorgar un derecho por parte del franquiciante a una persona física o jurídica denominado franquiciado para manejar un sistema comercial de productos y/o servicios, es considerado como un contrato complejo, variable, bilateral, innominado, y consensual. Es reconocido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero no está reglamentado por nuestra legislación. (Lázaro, El Contrato De Franquicia (Aspectos Básicos), 2000)

En el Ecuador las personas quienes realicen un contrato de franquicia deberán regirse por el Código de Ingenios y varios convenios internacionales aplicables. Esta medida es tomada debido a que como fue mencionado anteriormente el Ecuador a diferencia de otros países no está sujeto a leyes y reglamentos en el ámbito de contrato de franquicias. Finalizado el proceso legal de la creación de este contrato y en otros casos siendo registrados podrán proceder a ser trasladados mediante licencias del franquiciante al franquiciado dentro del contrato de franquicia.(Lázaro, El Contrato De Franquicia (Aspectos Básicos), 2000)

Para la regulación y el debido control a llevar a cabo es importante tomar en cuenta la ley ecuatoriana: la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercadeo. Esta normativa ecuatoriana detalla las sanciones que el órgano encargado de regular puede aplicar y las posibilidades que tienen quienes manejan su área económica. Se encuentra tipificado en su sección I especificada como medidas correctivas, que tienen por objetivo regular las inobediencias legales referentes al contrato.(Asamblea Constituyente, 2011)

A continuación, se detallarán artículos importantes:

El artículo 73 de la Ley establece que el ente regulador puede aplicar medidas correctivas las cuales buscan “*restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente*”.

La legislación establece que estas medidas son de tres tipos:

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,
- c) La imposibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos. (Asamblea Constituyente, 2011)

El artículo 76 de la Ley:

- a) Ordenar medidas correctivas adicionales,
- b) Aplicar las sanciones previstas en la sección siguiente; y,
- c) En el caso del abuso de poder de mercado y acuerdos colusorios, designar un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados, con la finalidad de supervigilar el cumplimiento de las medidas correctivas. El Reglamento General a esta Ley establecerá los deberes y facultades de dicho interventor (Asamblea Constituyente, 2011)

3.2 CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL

Existen varias concepciones acerca del contrato de franquicia tanto en doctrina nacional e internacional. En los Estados Unidos de América lo consideran como una licencia que el dueño de un servicio, producto o método vende a una persona ya sea jurídica o natural para que distribuya lo que le ofrece de manera legal. Para la International Franchise Association,

la franquicia lo que permite es incrementar la comercialidad de lo que tiene para ofrecer el propietario de la franquicia a nivel internacional, es decir expandir su negocio. (Gallo, 2011)

Un campo amplio de jurisconsultos argentinos ha definido esta forma de contrato, como por ejemplo el jurista Burlas – Couso que nos brinda la siguiente definición:

“Consideramos al franchising o franquicia comercial como el contrato basado en una relación de cooperación permanente por el cual una de las partes (franquiciante, otorgante o franchisor), titular del 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 o 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 solo 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”(Maresca, 2016)

La franquicia comercial a partir de lo analizado puede ser definida como un vínculo que crean dos o más personas con el propósito de cooperar, es decir trabajar en equipo con fines de lucro. Quienes obtienen esta licencia deben conocer y por lo tanto aceptar todos los puntos a tratar en el contrato lo que permitirá seguridad para la franquicia. Dentro de lo establecido en los reglamentos del contrato debe expresar los comparecientes (franquiciante y franquiciado), las formas de distribución económica; en este caso el franquiciado (quien obtiene la licencia para comerciar los productos, servicios o métodos de otra persona o compañía) debe abonar una suma inicial determinada y una sucesión de importes que ya han sido fijados con anticipación mientras dure el contrato.

Formas fundamentales del contrato de franquicia:

- **Product franchising:** el franquiciante es independiente.

- **Buiness format franchising:** Difunde al franquiciante informes relevantes de la franquicia de manera minuciosa.

3.3 DERECHOS DE FRANQUICIA COMERCIAL

El sistema de franquicias comerciales ha ido cambiando de acorde a sus objetivos. Anteriormente, su eje de enfoque era acrecentar la ganancia disminuyendo los costos y riesgos. En la actualidad su propósito principal es el uso de sinergia variada lo cual es reglamentado por la empresa que debe fijar las funciones dentro de la misma y el trabajo correspondiente a cada asociado para alcanzar una buena correlación. Dentro de los sistemas de franquicias exitosas se pueden relacionar las ventajas de franquicias grandes con pequeñas y medianas, así mismo con las desventajas que son mínimas.

Es necesario recordar que el franquiciado posee independencia en los aspectos legales y económicos, además que puede mantenerse dentro del mercado donde podrá competir con empresas grandes.

El éxito de las franquicias se ha logrado debido al aporte de estos aspectos:

- Filosofía individual como visión y motivación
- Estructuras eficientes y procesos documentados
- Características individuales y ventajas de competencia
- Análisis central del mercado y maniobras de marketing
- Asesoramiento profesional a través del grupo directivo del sistema
- Marcas registradas, patrones de sabores, patentes.

3.4 JURISDICCION DE LA FRANQUICIA COMERCIAL

Se ha presumido que con la llegada de la jurisdicción nace la concepción del Estado. La jurisdicción puede ser entendida como una disposición particular que es otorgada bajo la asignación de una autoridad superior. El órgano jurisdiccional actúa de acorde al monopolio estatal de la jurisdicción que es producto de la soberanía del Estado.

El tratadista Gimeno Sendra señala al respecto:

*“El contenido de la mencionada potestad viene determinado por una fuerza de mando jurídicamente vinculada a terceros, como consecuencia de esa potencia de mandar, que encierra, destinada a la protección de intereses de los otros. Ese **imperio**, energía o fuerza ética y física que contiene la potestad jurisdiccional es la que garantiza la supremacía o superioridad del órgano jurisdiccional frente a las partes, y lo que hace eficaz, en definitiva, el cumplimiento ulterior de sus decisiones”*

De tal forma, se puede comprender las facultades jurisdiccionales que corrigen y las que implican fuerza es decir, las represivas que en la actualidad tienen los jueces de acorde con lo señalado en los Arts. 130, 131, 132 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En este sentido cuando se presentan problemas en los contratos de franquicia comercial se inicia con la traba de la litis, donde los sujetos intervinientes en un contrato de franquicia debaten, al intervenir en un proceso de reconocimientos de derechos o la terminación de ellos, esta jurisdicción es la que se evidencia en los conflictos derivados de las discrepancias contractuales y se distribuye por territorio, por lo que para efectos de franquicia es importante identificar las cláusulas de los contratos que determina la jurisdicción y territorio. (Ochoa, 2014)

3.5 TUTELA DE LOS FRANQUICIADOS

La tutela hace alusión en cierto modo a la forma en la que el franquiciante entrega las directrices al franquiciado para potenciar el negocio, siendo estas el eje central para el desarrollo de la franquicia, implicando el conocer del propio mercado en el que se desenvuelve la franquicia, para que, además, pueda dividir y situar adecuadamente las distinciones territoriales, en relación a los múltiples franquiciados. Intrínsecamente en dicha

obligación de asesoramiento se ubicará una más concreta, la de informar al franquiciado en torno a los cambios en la estrategia comercial de la red de franquicia. (Lázaro, 2000)

Evitando las divergencias y/o inconsecuencias el franquiciado se someterá, en sus actividades, a las directrices del franquiciador, conformes con su concepto de la franquicia, con el sostenimiento de la imagen análoga de la red y con el resguardo que de la misma compete al franquiciador. De forma que resulten razonables conocimientos relacionados con proveedores de insumos, valores de venta, métodos de venta, técnicas y operaciones promocionales, abastecimientos mínimos (inventario ideal), consonancia entre los propios establecimientos (decoración, mobiliario, escaparatismo, presentación de producto), capacitación de recursos humanos, asistencia a clientes, etc.(Lázaro, 2000)

Como contraste, también, el franquiciado carecerá de potestades para modificar o alterar el régimen de explotación de la franquicia sin el consentimiento del franquiciador, de tal forma que al ignorar tal proceso el franquiciado incurriría en un falta que podría tomarse como un proceso de competencia desleal, misma que asume una contraria a los acuerdos de un contrato de franquicia comercial.(Lázaro, 2000)

Las facultades de explotación existentes sobre la franquicia pertenecen al franquiciador, facultando al franquiciado no sólo a considerársele legitimado para interceder sobre las violaciones que afecten a las facultades y derechos concedidos exclusivamente para la franquicia, sino obliga al franquiciado a analizar la calidad de los procesos y a notificar de manera oportuna y adecuada las vulneraciones del contrato realizadas por terceras personas.(Lázaro, 2000)

3.6 REGIMEN DE FRAQUICIA COMERCIAL EN ECUADOR

El contrato de franquicia es mundialmente considerado como uno de los principales transmisores de conocimientos, prácticas y tecnología, continúa provocando su eficaz posicionamiento en el mercado local y global, razonablemente este posee condiciones de generador de plazas de trabajo y por ende se debe considerar estándares de calidad en la producción, distribución y comercialización de los productos ofrecidos, precautelando que éstos sean competitivos tanto en el mercado interno como externo. Puntualizando en el

Ecuador, la franquicia alcanza su tope apenas en la última década como un recurso de empresarios diferentes a los tradicionales.(Arruelas, El Contrato de Franquicia Comercial en la Legislación Ecuatoriana, 2014)

La franquicia entonces ha conseguido un reconocimiento global, debido a la internacionalización de los mercados, la cooperación comercial e interinstitucional entre estados y la generación y sostenimiento de zonas francas de comercio. Así, las creaciones e invenciones, las marcas y las patentes, se propagan con mayor rapidez a otras localidades por parte de los propietarios del negocio jurídico, que ofertan y promocionan sus productos a nivel mundial.(Díaz, 2008)

Desde una perspectiva económico-jurídica, la franquicia se distingue de otros contratos de bienes y/o servicios que tienen algunas similitudes, en lo que refiere a la transferencia de derechos, mediante la licencia concedida por una de las partes contratantes a otra, con el objetivo de comercializar productos de su propiedad; si bien, en lo que alude a la naturaleza jurídica de los contratos de franquicia, no existe un acuerdo entre los expertos en la doctrina si dichos contratos son de colaboración, concesión, adhesión, agencia u otros, sin embargo, los componentes que determinan a los contratos de franquicia son propios y poseen cierto tipo de particularidades en insumos como como la marca, la exclusividad, la invención de negocio, la central franquiciadora, la tutela, la transferencia del know-how, entre otros, en ese sentido el contrato de franquicia es único y difiere de otros contratos de su tipo, generando una necesidad de establecerlo en la legislación nacional para seguridad jurídica y mejor aprovechamientos tanto de los contratantes como de los consumidores.(Lázaro, 2000)

En el Ecuador el contrato de franquicia comercial se mantiene clasificado como un contrato atípico e innominado, debido a la carencia de una normativa legal que lo regule jurídica y administrativamente, teniendo únicamente la referencia en otros cuerpos legales que suplen parcialmente ésta deficiencia jurídica con disposiciones más o menos, tales como; el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Propiedad Intelectual, el Código Orgánico de la Producción e inclusive la Ley de defensa del Consumidor (protege a los consumidores de los productos ofertados en los contratos de franquicia comercial).(Arruelas, 2014)

Hemos podido darnos cuenta dentro de nuestro análisis la inexistencia de una Institución Pública que regularice estructural y administrativamente los contratos de franquicia en el

Ecuador, tomando en cuenta el alto grado de evolución y crecimiento que han experimentado este tipo de contratos en nuestro país durante los últimos, haciéndose imperativa la necesidad de dicho este organismo, para que se encargue de llevar un registro de las empresas franquiciantes y franquiciadas que se encuentren en actividad comercial dentro de nuestra localidad.(Maridueña, 2017)

3.7 INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA

El estado como tal en nuestro país no interviene en la producción, sostenimiento ni supervivencia de franquicias comerciales, ya que las mismas al estar supeditadas únicamente al criterio de sus contratantes no se adhieren ni siquiera a una naturaleza o tipificación de contrato, menormente aún a una institución estatal, misma que no existe, jurídicamente existen figuras que regulan actividades económicas en general, pero no específicamente la situación de las franquicias.(Maridueña, 2017)

Se han producido leyes que argumentan posturas económico-político-jurídicas sobre propiedad intelectual, patentes, marcas y territorialidad de ciertas empresas, garantizando en teoría una competencia justa entre empresas privadas y entre la empresa privada y la empresa pública, a través de instituciones como la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pero la cuestión es si realmente es suficiente controlar la competencia de buena fe o es necesario un control en la génesis de los contratos de franquicia comercial. (Pozo, 2014)

En este sentido podemos entender que el estado interviene el práctica de la empresa, en la dinámica del mercado, en el espacio físico y en el impacto empresarial, pero no se mete de manera directa con los contratos de franquicia comercial, no plantean ni modelos, ni directrices para el actuar de franquiciantes ni franquiciados, por ende no hay condicionante esencial para el emprendimiento de una persona jurídica en el ámbito de las franquicias, situación que deja vacíos al momento de disputas entre los contratantes.(Villagran Cepeda, s.f.)(Araujo, López, & Peña, 2010)

En una disputa contractual, entonces, los profesionales del derecho entenderán al “ataque” y a l “defensa” desde su propio punto de vista ético, jurídico y epistemológico, dejando abierto el modo de proceder en relación a la particularidad del caso por sobre la particularidad de la

normativa, donde la carencia de una reglamentación para el manejo y desenvolvimiento de una franquicia se transforma en un eje crucial para una conclusión legal.(Maridueña, 2017)

3.8 ¿NECESIDAD DE NORMATIVA SOBRE EL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA?

Emprender un negocio no es tarea sencilla, pues el éxito o fracaso del mismo recae sobre el gerente propietario, quien decide abrirse a un mercado nuevo, con un producto nuevo y una feroz competencia que día a día se esfuerza por conseguir posicionamiento en el mercado y un alcance mayor entre los clientes. Desde el punto de vista económico, termina siendo un proyecto riesgoso, pues el consumidor es quien tiene el veredicto final, siendo él quien califica y otorga el reconocimiento a cualquier empresa, independientemente de si se dedica a brindar servicios o vender productos.(Aguirre, 2014)

Muchos empresarios prefieren no aventurarse a la creación de su propio negocio y optan por la contratación del nombre de empresas extranjeras ya posicionadas en el mercado y con una fuerte demanda, es decir, que colocan una franquicia mediante un contrato legal que realiza el franquiciador para el franquiciado. (Mosquera, 2010)

Actualmente en Ecuador, empresas provenientes de Estados Unidos, México, Colombia, España, entre otros países, han colocado puntos de venta en este país tras el análisis de un estudio de mercado que determine viabilidad del negocio, para que de esta manera eviten pérdidas de grandes sumas de dinero que podrían representar la quiebra de la persona quien solicita colocar la franquicia.(Pozo, 2014)

Este negociado beneficia a ambas partes interesadas; el franquiciatario, por su parte, está consciente de que el negocio no le pertenece, no obstante, su inversión valdría la pena, pues recibe capacitación (know-how), jurídicamente hablando Franquicia de Formato de Negocio. Por su parte, el franquiciante podría tendrá una posibilidad de expandirse internacionalmente a un costo bastante bajo. (Benavente, 2008)

A diferencia de otros países, como es el caso de Estados Unidos, el cual tiene leyes estrictamente dirigidas a las franquicias, las cuales explican que el franquiciador está en la obligación de brindar todo tipo de capacitación al franquiciado para su operación en el negocio, con una serie de artículos que deben tomarse en cuenta para que este país permita establecer franquicias, Ecuador no tiene una ley que regule las franquicias como tal, más bien, se basa en el convenio o contrato que consideren las partes interesadas, sin embargo, esto no significa que no existan ciertas normativas reguladoras de la propiedad intelectual, que es exactamente lo que se contrata en una franquicia. (Díaz, 2008)

Por implicación entenderemos la actuación de las partes en el hecho o actividad, las mismas que deben estar reguladas por una ley o reglamento gubernamental, lastimosamente, en nuestro país, no hay una argumentación al respecto, ya que simplemente se ciñen a la y a las disposiciones del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, así como no deben dejarse a lado las leyes estipuladas en el Código Civil y el Código de Comercio, las mismas que simplemente posibilitan tomar el nombre del franquiciador para emprender la negociación, más no viene a ser un sistema de regulación de franquicias; evidenciándose aquí un vacío de ley que regule estas actividades comerciales. Cabe destacar que, para este proceso, la asesoría legal es imprescindible.(Arruelas, 2014)

CONCLUSIONES

- El modelo de negocios de una franquicia pese a los agujeros en la situación contractual, se mantiene como uno de los más lucrativos y productivos en el mercado, ya que es un modelo ganar-ganar, donde ambas partes contratantes generan beneficios económicos suficientes para sostener a la marca.

- La esencia de una franquicia, el denominado Know-How se ha convertido en una herramienta generadora de réditos, donde lo importante pasa de idea a la acción o de la teoría a la práctica, valorizando la forma/modo de ejecución de un producto o servicio, potenciando en mayor medida la innovación en producción.
- En el Ecuador el fenómeno de las franquicias se encuentra apenas naciendo y como resultado del mismo se empiezan apenas a visibilizar los vacíos en ámbitos normativos, económicos y de regulación, situación puede verse cómo una idea de doble vinculo para aquellos emprendedores que piensan sumirse dentro de éste fenómeno, ya que si bien tendrían libertad de acción a posteriori se encontrarían en un estado de desprotección.
- Las leyes ecuatorianas que protegen la propiedad intelectual y el poder de mercado se ven en cierto modo insuficientes para eventos económicos globales como el del franquiciamiento.

RECOMENDACIONES

- Continuar con el estudio del movimiento franquiciatario para mejorar la dinámica comercial de las franquicias en la localidad.
- Promover políticas públicas que regulen el ámbito de acción de los contratantes en las franquicias.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirre, W. (2014). El Contrato De Franquicias: Multiplicador De Negocios Exitosos. *Equipo de Derecho Mercantil*, 13-21.

Alfaro, M. (Septiembre de 2013). El Know How y su aplicación práctica en el Contrato de Franquicia. *Revista Judicial*(109). Obtenido de www.corteidh.or.cr/tablas/r31084.pdf

Araujo, M., López, C., & Peña, J. (Agosto de 2010). *Desarrollo Administrativo y Financiero de las Franquicias*. Obtenido de Instituto Politécnico Nacional:

<https://tesis.ipn.mx/bitstream/handle/123456789/8345/CP2010%20A778m.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Arruelas, A. (Octubre de 2014). *El Contrato de Franquicia Comercial en Ecuador*.
Obtenido de Universidad Central del Ecuador:
<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3991/1/T-UCE-0013-Ab-250.pdf>
- Arruelas, A. (Octubre de 2014). *El Contrato de Franquicia Comercial en la Legislación Ecuatoriana*. Obtenido de Universidad Central del Ecuador:
<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3991/1/T-UCE-0013-Ab-250.pdf>
- Asamblea Constituyente. (2008). *Codigo Civil*. Quito: República del Ecuador.
- Asamblea Constituyente. (2011). *Ley Orgánica De Regulación Y Control Del Poder De Mercado*. Quito: Republica del Ecuador.
- Asamblea Constituyente de la República del Ecuador. (2006). *Codificacion De La Ley De Propiedad*. Quito: Republica del Ecuador.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2006). *Ley de Propiedad Intelectual*. Quito: Republica del Ecuador.
- Bazualda, L. (Junio de 2004). *Universidad Autonoma De Nuevo Leon* . Recuperado el 31 de Agosto de 2018, de Aplicacion De Los Procesos Mercantiles A Las Controversias Del Comercio Electronico: <http://eprints.uanl.mx/5473/1/1020149942.PDF>
- Benavente, H. (13 de Octubre de 2008). El Contrato De Know How O De Provisión De Conocimientos Técnicos. *Revista Ius Et Praxis*, 14(2), 407-457. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v14n2/art12.pdf>
- Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: INC. Obtenido de <http://librosoterico.com/biblioteca/Cabala/Dic%20Cabanellas%20Tomo%202%20C%20Ch.pdf>
- Castellanos, L. (2006). El contrato de franquicia en el comercio internacional. *Foro*(5), 105-125. Obtenido de revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/307/306
- Catellanos, L. (2006). El contrato de franquicia en el comercio internacional . *Revista De Derecho*, 105-125.
- Cevallos, E., & Ochoa, G. (2010 de Septiembre de 2010). *UNIVERSIDAD CATÓLICA*. Recuperado el 14 de Agosto de 2018, de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/1568/1/T-UCSG-PRE-ECO-ADM-52.PDF>

- Díaz, A. (2002). Conceptos Fundamentales Y Marco Legal De La Franquicia En Mexico. *Contratos Mercantiles*, 125.
- Díaz, F., & Flores, M. (Enero de 2002). *Escuela Superior Pólitecnica Del Litoral*. Recuperado el 31 de Agosto de 2018, de Las Franquicias Nacionales En El Mercado Ecuatoriano :
<https://www.dspace.espol.edu.ec/bitstream/123456789/7762/3/ESCUELA%20SUPERIOR%20POLIT%C3%89CNICA%20DEL%20LITORAL.pdf>
- Díaz, M. (2008). La propiedad industrial y los sistemas de patentes en el mundo de la información. *ACIMED*, 18(6). Obtenido de
http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352008001200011
- Eduardo, H. (2013). *La extinción del contrato de franquicia*. Obtenido de Universidad de La Rioja: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000624.pdf
- Estrada, S. (2002). Elementos De Propiedad Industrial E Intelectual En La Franquicia. *IUS*. Obtenido de
<http://www.unla.mx/iusunla36/opinion/ELEMENTOS%20DE%20PROPIEDAD%20INDUSTRIAL%20E%20INTELECTUAL%20EN%20LA%20FRANQUICIA%20SIGIFREDO%20ESTRADA%20ARGUELLO.htm>
- Gallo, J. (2011). El Contrato de Franquicia en la doctrina y jurisprudencia. *Foro Jurídico*, 44-50.
- Grau, D., Parker, J., & Uzal, J. (2007). *Confidencialidad De La Información*. Obtenido de Universidad de Chile: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112741/de-grau_d.pdf?sequence=1
- Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. (2016). *Requisitos para la inscripción de una patente*. Obtenido de Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual:
https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/guia_solicitante_patentes_invencion_modelos_utilidad-1.pdf
- Labariega, P. (Julio-Diciembre de 2014). La Licencia De Uso De Marca ¿Franquicia O Arrendamiento? *Cuarta Época*(6).
- Larios, L. (2017). *Nueva perspectiva de la génesis y perfección contractual*. Obtenido de Universidad Complutense De Madrid: <https://eprints.ucm.es/43209/1/T38903.pdf>
- Lázaro, E. (2000). El Contrato De Franquicia. *Anales de Derecho*, 91-116.
- Lázaro, E. (2000). El Contrato De Franquicia (Aspectos Básicos). *Anales de Derecho*, 91-116. Obtenido de revistas.um.es/analesderecho/article/view/57581/55461

- Lecompte, I., & Visbal, M. (enero-diciembre de 2013). La Responsabilidad Del Franquiciante Y Franquiciado Frente Al Consumidor. *Universitas Estudiantes*(10), 227-250. Obtenido de <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/4350738/11+la+responsabilidad+del+franquiciante+227-250.pdf/91c3f9f5-5095-4065-9c84-1d0636c81e5f>
- Lefebvre, F. (2017). *Contratos Mercantiles*. Madrid: Marcialpons. Obtenido de <file:///C:/Users/Zona/Downloads/mcm-15-10.pdf>
- Maresca, E. (2016). Obtenido de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/contrato-franquicia-comercial-codigo.pdf>
- Maridueña, S. (2017). *El Régimen Jurídico Del Contrato De Franquicia En El Ecuador Y Su Problemática*. Obtenido de Universidad Católica Santiago de Guayaquil: <repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/9588/1/T-UCSG-POS-MDE-16.pdf>
- Morejon, A. (2010). *Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez"*. . Recuperado el 31 de Agosto de 2018, de El contrato de Franquicia: http://www.adizesca.com/site/assets/en-el_contrato_de_franquicia-am.pdf
- Mosquera, F. (2010). Una Estrategia De Crecimiento Empresarial. *La Franquicia* , 70-85.
- Ochoa, D. (2014). Obtenido de <http://dSPACE.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3464/1/10163.pdf>
- Orbe, M. D. (12 de junio de 2008). *EL CONTRATO DE FRANQUICIA*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/el-contrato-de-franquicia>
- Pérez, F. (2014). *El contrato de franquicia*. Obtenido de Universidad de Granada: <https://hera.ugr.es/tesisugr/24582682.pdf>
- Plaza, N. (2006). *Derecho Registral Mercantil*. Guayaquil.
- Pozo, P. (2014). *El Contrato De Franquicia Y Sus Limitaciones Frente A Las Nuevas Instituciones Del Derecho De La Competencia En El Ecuador*. Obtenido de Pontificia Universidad Católica Del Ecuador: <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6982/13.J01.001665.pdf;sequence=4>
- Proaño, V. (2010). *PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR*. Recuperado el 31 de Agosto de 2018, de INCONVENIENTES EN LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA POR LA PROFUSIÓN DE PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES:

<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/4854/TESIS%20VERONICA%20PROA%C3%91O%20CALLE.pdf?sequence=3>

- Quintana, E. (2005). *Universidad Nacional Autonoma De Mexico*. Recuperado el 31 de Agosto de 2018, de RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1590/17.pdf>
- Quishpe, B. (2018). *Universidad Central Del Ecuador*. Recuperado el 31 de Agosto de 2018, de El Contrato De Promesa De Compraventa Y Sus Efectos Jurídicos En El Derecho Civil Ecuatoriano:
<http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/15146/1/T-UCE-013-AB-253-2018.pdf>
- Registro Mercantil de Guayaquil. (2015). *Manual Mercantil*. Guayaquil.
- Sancho, F. (2017). *Cláusulas de no competencia en contratos de franquicia y pautas para su evaluación en el Ecuador* . Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar:
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5509/1/T2196-MDEM-Sancho-Clausulas.pdf>
- Segura, R. (2017). El Contrato De Know How Y Licencia Del Know How. *Foro del Colegio de Abogados* .
- Sosa, E. (2008). *Desarrollo De Franquicias* . Mexico: Facultad de Contaduria y Administracion.
- Sperber, D. (2011). *Biblioteca Universidad San Francisco de Quito*.
- Vega, M. (2010). Apuntes Sobre Los Contratos Atípico Innominados. *Revista de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, 19-41.
- Víctor, M. (2010). Licencias de Marca: La Estrategia Ganadora. *REDMARKA*(5), 3-9.
Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4128145.pdf>
- Videla, R. (2004). *Análisis Del Sistema De Franquicia*. Obtenido de Universidad de Chile:
http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114407/videla_r.pdf;sequence=1
- Villagran Cepeda, L. (s.f.). *Aspectos Legales de la Franquicia en Ecuador*. Obtenido de Asociación Ecuatoriana de Franquicias: <https://aefran.org/aspectos-legales/>
- Yagual, G. (2011). *La prueba eficaz en el proceso de defensa de la marca notoria* . Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar:
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2255/1/T0959-MDE-Yagual-La%20prueba.pdf>

Zambrano, L. (13 de junio de 2016). *Franquicias: El "Know How" para el éxito*. Obtenido de Expreso EC: <http://www.expreso.ec/economia/franquicias-el-know-how-para-el-exito-JK408784>