



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS**
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**La atipicidad e irregularidad del Contrato de Franquicia en el
Ecuador**

AUTOR:

Calero Gómez, Stefany Isabel

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**

TUTOR:

Benavides Verdesoto, Ricky Jack

Guayaquil, Ecuador

20 de febrero de 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Calero Gómez Stefany Isabel**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Benavides Verdesoto, Ricky Jack

DIRECTORA DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2018



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS DEL ECUADOR
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Calero Gómez, Stefany Isabel

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La atipicidad e irregularidad del Contrato de Franquicia en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2018

AUTORA

f. _____
Calero Gómez, Stefany Isabel



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, Calero Gómez, Stefany Isabel

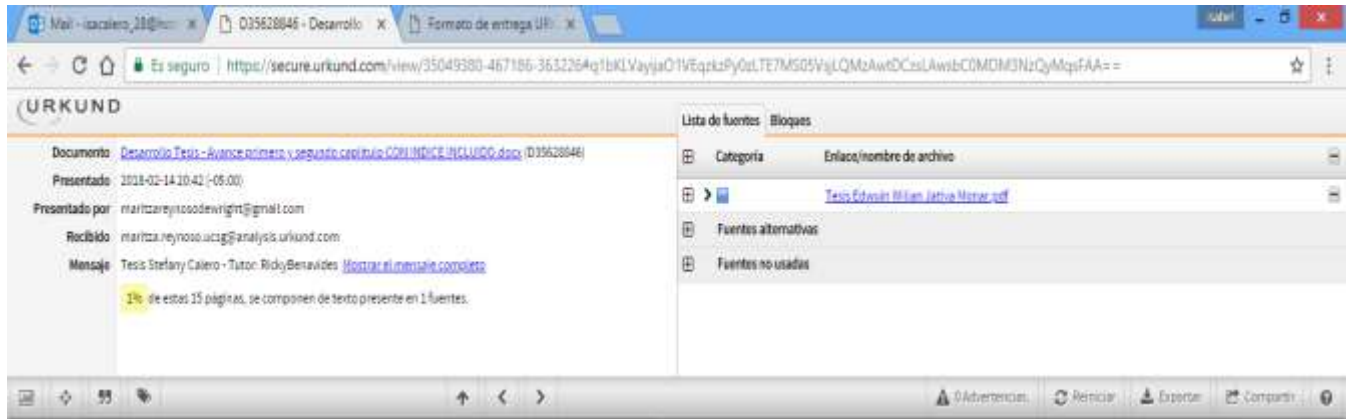
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La atipicidad e irregularidad del Contrato de Franquicia en el Ecuador**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de febrero del año 2018

AUTORA:

f. _____
Calero Gómez, Stefany Isabel

REPORTE URKUND



f. _____
Benavides Verdesoto, Ricky Jack
TUTOR - DOCENTE

f. _____
Calero Gómez, Stefany Isabel
ESTUDIANTE

AGRADECIMIENTO

A Dios, por estar conmigo en cada paso que doy, por haberme permitido llegar hasta este punto dandome salud e iluminando mi mente para lograr mis objetivos;

A mi papá, mi sostén de vida, por su orientación y sabios consejos que han guiado mi camino a lo largo de mi vida. Sobre todo a su infinito amor y dedicación que me motivan a ser cada día mejor.

A mis maestros, a sus gratas enseñanzas y motivación para alcanzar mis metas, logrando ser profesional y persona de bien.

DEDICATORIA

La gratitud es un valor que no hay que pasar por alto en la vida, más si la persona a la que le debemos todo ha sido quien siempre ha estado ahí, con su presencia y ayuda inigualable. Por eso y mil razones más, como una pequeña muestra de reconocimiento por todo su valioso esfuerzo y compromiso con mi vida y mis metas le dedico esta tesis a mi Papá.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

María Isabel, Lynch Fernández
DIRECTORA DE CARRERA

f. _____

Maritza Ginette, Reynoso Gaute
COORDINADORA DEL ÁREA

f. _____

José Miguel, Vélez Coello
OPONENTE



Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B-2017
Fecha: 20/02/2018

ACTA DE INFORME PARCIAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado LA ATIPICIDAD E IRREGULARIDAD DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL ECUADOR, elaborado por la estudiante *STEFANY ISABEL CALERO GÓMEZ*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual lo califica como *APTO PARA LA SUSTENTACIÓN*.

RICKY JACK BENAVIDES VERDESOTO
Docente Tutor

INDICE

Contenido

RESUMEN.....	xi
ABSTRACT.....	xii
INTRODUCCIÓN	2
DESARROLLO	3
CAPÍTULO I: LA FRANQUICIA.....	3
1. GENERALIDADES	3
1.1. Definiciones.....	3
1.2. Elementos esenciales de la franquicia.....	5
2. LA FRANQUICIA: UNA ESTRATEGIA DE EXPANSIÓN.....	6
3. LA FRANQUICIA FRENTE A OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES SIMILARES.....	8
3.1. Con el contrato de licencia	8
3.2. Contrato de cesión de patente.....	9
3.3. Contrato de Know How.....	9
3.4. Contrato de Suministro.....	10
3.5. Contrato de distribución	10
CAPÍTULO II: EL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	11
4. NATURALEZA JURÍDICA	11
4.1. Cláusulas características de un contrato de franquicia	14
5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE LA FRANQUICIA..	15
6. PROPUESTA REFORMATORIA AL CÓDIGO DE COMERCIO.....	17
7. CONCLUSIÓN.....	19
8. BIBLIOGRAFÍA	20

RESUMEN

Es formidable el crecimiento mundial al que nos enfrentamos a diario, un crecimiento en donde la multiplicidad de los vínculos contractuales modernos y las diversas relaciones comerciales cada vez es mayor, aumentando las posibilidades de expandir mercados tanto locales como internacionales y de esta manera contribuyendo a un mejor desarrollo económico.

Es de vital importancia tener en cuenta que la globalización y el libre comercio evidencian la necesidad de generar nuevas formas de relaciones comerciales o de crear empresas sostenibles con el afán de forjar autoempleos, dinamizar la economía y fortalecer el comercio de una ciudad o de un país. Por esta razón, por medio del presente trabajo se dará a conocer los aspectos básicos de la franquicia, contrato moderno, de gran auge hace algunos años, que nos permita entender el génesis y desarrollo del contrato de franquicia.

Palabras claves: Franquicia, Know How, atipicidad, competencia, libre comercio, contratos mercantiles.

ABSTRACT

The world growth that we face every day is formidable, a growth where the multiplicity of modern contractual links and the various trade relations is growing, increasing the chances of expanding markets, both local and international and thus contributing to a better economic development.

It is vital to bear in mind that globalization and free trade show the need to generate new forms of trade relations or to create sustainable enterprises with the aim of forging self-employment, dynamizing the economy and strengthening the trade of a city or a country. For this reason, through this work will explain the basic aspects of the franchise, a modern contract, with a boom in recent years, that allow us to understand the genesis and development of the franchise contract.

Keywords: Franchising, Know How, atypical, competence, free trade, commercial agreement.

INTRODUCCIÓN

La globalización en la economía, obliga a todas las compañías a utilizar nuevas estrategias de acceso a los diversos mercados mundiales y adaptarse a las exigencias propias de la competitividad de oferta y demanda.

Actualmente, existe una variedad de modernos contratos mercantiles, que en su mayoría no cuentan con una normativa específica que permita asegurar las relaciones contractuales a través de su aplicación.

La legislación ecuatoriana contempla en su normativa elementos generales para regular los contratos mercantiles, dejando de lado las especificaciones propias de cada modelo, convirtiéndose en vacío que pueden provocar perjuicio entre los intervinientes.

La franquicia es una de las estrategias de mercado actual, y requiere de un contrato con lineamientos específicos, por lo que el presente trabajo tiene como objetivo desarrollar de manera interdisciplinaria el estudio del contrato en mención, esbozando los aspectos más relevantes en tanto que las personas atraídas por la idea de expandir su operación a través de este modelo, obtengan una visión integral sobre qué consiste, su manejo y las ventajas que tiene el mismo.

El trabajo a continuación se encuentra comprendido de dos capítulos: el primero de ellos encontraremos el desarrollo doctrinal, su descripción y aspectos básicos; y en el segundo revisaremos acerca del contrato como tal, su régimen jurídico y las falencias que existen en nuestra legislación y finalmente una propuesta de reforma al Código de Comercio.

DESARROLLO

CAPÍTULO I: LA FRANQUICIA

1. GENERALIDADES

La sociedad es un sistema en el cual los individuos interactúan de manera constante y dentro de esa evolución propia de la sociedad se logra evaluar la evolución de la actividad comercial, la cual a su vez es consecuencia de la evolución humana, que habitualmente buscan que surjan nuevos mecanismos, técnicas, que favorezcan al desarrollo socioeconómico, generando así un comercio más dinámico. Dentro de este proceso se encuentra el contrato de franquicia, el cual ha iniciado teniendo un lugar preponderante en Europa y América del Norte y a su vez ha ido cogiendo mayor fuerza en Latinoamérica. Teniendo en cuenta que la economía, el mercado y el derecho cada vez se encuentran mayormente ligados, siendo materias que guardan un vinculado estrecho, lo cual no significa que cada materia es más que la otra, sino por el contrario guardan un parentesco y relación.

1.1. Definiciones

Existe una gran variedad de definiciones acerca de franquicias, casi tantas como autores sobre el tema, no obstante antes de empezar con un breve listado de autores y sus correspondientes definiciones cabe empezar con la definición que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, el que literalmente indica lo siguiente:

“Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada”

Sin embargo, con la definición antes mencionada podrían surgirse ciertas confusiones considerando a la franquicia como un contrato de concesión, lo cual más adelante me permitiré indicar sus diferencias señalando el por qué se los debe considerar como dos contratos autónomos e independientes.

Ahora bien, pasando a la parte doctrina, nos encontramos con el autor Erik Obiol Anaya en su obra *Contratos Mercantiles* citando a Osvaldo J. Marzorati, define a la franquicia de la siguiente manera:

“La franquicia comercial es aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución con comercial de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo control del franquiciante y de conformidad con un método, el sistema o plan preestablecido por este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales” (Obiol Anaya, 2016, pág. 190)

Para Farina se concibe a la franquicia como “una estrategia o sistema de negocio, por el cual un empresario (franquiciante) otorga determinados derechos de uso de una marca y transfiere tecnología para la operación de un negocio de éxito comprobado a otro empresario (franquiciatario), a cambio de ciertas cuotas y regalías” (Farina, 1993, pág. 194)

Así mismo Obiol Anaya cita a Arias quien define a la franquicia de la siguiente manera:

“Contrato de franquicia es aquel por el cual se otorga licencia a un comerciante independiente para que pueda vender productos o prestar servicios de reconocido prestigio y eficiencia, a cambio del pago de un canon que se obtiene por este privilegio, más usualmente una regalía sobre las ventas” (Arias-Schreiber, 1996, pág. 190)

Por nombrar a otro doctrinario más tenemos a Modesto Bescos que definen la franquicia como un “un método de colaboración entre un empresario franquiciador y otros empresarios, que se denominan franquiciante, los cuales son independientes del primero, tanto en el plano económico como el jurídico” (Villagran Cepeda, s.f.)

Y así, podría continuar con un sinnúmero de definiciones de varios autores, observando que su concepto ha pasado por algunas modificaciones, distintos puntos de vista, no obstante al final del camino todas conllevan a un solo punto y es que en palabras sencillas se puede considerar a la franquicia primero como aquel contrato atípico por medio del cual una empresa, la cual es denominada “franquiciante” transfiere a la otra parte que sería el “franquiciado” un conjunto

de derechos de propiedad industrial e intelectual, tales como uso de su nombre, marcas, colores, signos distintivos, métodos de producción, fabricación, ventas a cambio de una contraprestación financiera la cual es denominada como “royalty”. Siendo así el sentido principal de la franquicia aprovechar el posicionamiento de una empresa que ha conseguido una ventaja competitiva destacable dentro del mercado de su actividad comercial.

1.2. Elementos esenciales de la franquicia

La franquicia enmarca un listado de elementos esenciales o también denominados elementos estructurales. Estos son los siguientes:

1. **El Know How.-** También conocido como el “saber hacer”. Elemento clave que distingue a la franquicia de otros contratos comerciales similares. El know how consiste en el conjunto de conocimientos, invenciones, formulas o diseños derivados de la experiencia del franquiciante a partir de su negocio original. La transferencia del know how, consiste en transferir la tecnología y conocimientos de naturaleza técnica, financiera, administrativa y todo aquello que sea necesario para el funcionamiento del negocio.
2. **Licencia de marca.-** La razón económica del contrato, lo que se pretende es transferir un negocio exitoso de su lugar original a otro territorio. Por medio de esta licencia el franquiciante quien es el titular de la marca permite, cede el uso de esta al franquiciado.
3. **Asistencia técnica.-** Esto se lo establece y define de la forma que se lo llevara a cabo desde la celebración del contrato. El franquiciante deberá proveer asistencia técnica al franquiciado para el mejor desarrollo del negocio, proveyéndolo así de manuales, promoción, mantenimiento, recursos humanos, etc. La asistencia será permanente y desde el momento que inicia hasta la conclusión del contrato.
4. **Exclusividad.-** Dentro de este elementos tenemos a su vez:
 - Exclusividad territorial.- Se delimita una zona donde el franquiciante no podrá otorgar a otros franquiciados establecimientos del negocio. De la misma manera que

el franquiciado únicamente podrá desempeñarse en los locales indicados dentro del territorio señalado.

- De distribución.- Va de la mano con la territorial, el franquiciante está obligado a no vender ya sea de manera directa o por intermediarios en territorio exclusivo.
- De provisión.- Esta se configura cuando el franquiciado solo puede proveerse, comprarle al franquiciante o los proveedores de este.

5. **Royalty.-** Conocido igualmente como regalías o cánones. Es la contraprestación generalmente mensual que hace el franquiciado al franquiciante a cambio de los beneficios derivados de la explotación de la franquicia, equivale a un porcentaje sobre las ventas brutas. Esta regalía es durante la vigencia del contrato. No debemos confundir con la cuota inicial que hace el franquiciado como derecho de entrada para poder acceder a la cadena de negocios, el cual solo se realiza una vez.

2. LA FRANQUICIA: UNA ESTRATEGIA DE EXPANSIÓN

Diariamente genera menos sorpresa el hecho de observar la apertura de nuevos centros comerciales, negocios, locales, con los mismos nombres comerciales, fachadas, colores, ambientes, entre otros. La razón a esto se traduce al término que hoy en día se está volviendo común escuchar, esto es “franquicia”. Viéndolo desde el ámbito económico, no quepa la menor duda que este nuevo sistema o técnica se encuentra íntimamente vinculado a la comercialización de bienes y servicios. Este sistema, en el cual el titular de la marca, a quien se lo conoce como franquiciante, como ya se ha hecho referencia en algunas de las definiciones antes mencionadas, es quien tiene dicho producto o servicio que satisface una necesidad del mercado consumidor. Su principal interés es hacer que ese producto o servicio se distribuya de manera eficiente, efectiva, y así lograr acaparar nuevos territorios, cruzar fronteras, expandirse comercialmente.

Para el tratadista Bravo Melgar los mismos sistemas ortodoxos de distribución han ido evolucionando desde una completa integración hacia una descentralización vertical, que implica la confianza a terceros. Anteriormente la misma empresa fabricaba un producto y por medio de sus representantes dependientes lo comercializaba. Posteriormente, a medida que iba evolucionando el comercio, se vio necesario su cambio por un sistema moderno, entonces

empezaron las empresas fabricantes a distribuir sus productos a tiendas mayoristas independientes, las cuales a través de sus redes de comercialización propias o por medio de minoristas también independientes distribuían a su vez el producto al consumidor. (Bravo Melgar, 2016, págs. 5,6)

Sin embargo, como la sociedad es dinámica y los mercados comerciales cada vez iban creciendo, las empresas fabricantes se vieron en la necesidad de sustituir su red de mayoristas independientes, promoviendo la creación de distribuidores exclusivos; si bien el mayorista y el distribuidor son comerciantes independientes, el distribuidor al comercializar mayor líneas de productos, depende en mayor grado del fabricante.

La evolución de la actividad comercial genera la necesidad de crear nuevos mecanismos, sistemas y técnicas para que el desarrollo socio económico continúe y siga su sentido ascendente, es así como surge el contrato de franquicia, figura jurídica preponderante en América del Norte, Europa y que día a día se va expandiendo en América Latina. Si tendríamos que referirnos a la franquicia podría decirse en palabras sencillas que es la multiplicación de un negocio exitoso. Hoy en día se considera como uno de los sistemas de expansión empresarial más desarrollada en economías modernas.

Teniendo en cuenta que el éxito de un negocio está relacionado íntimamente con la capacidad de poder abarcar nuevos mercados en los cuales se pueda ofrecer sus productos y/o servicios, son varias las empresas que están optando por este mecanismo de crecimiento empresarial. Sin embargo, pese al auge que está teniendo, aun son muchas las ventajas y detalles que se desconocen acerca de la franquicia, al menos en lo que respecta a nuestra legislación.

Actualmente nos desarrollamos en una sociedad donde la revolución empresarial se vive día a día, tratando de buscar superación y buscando como meta; las grandes economías que paulatinamente han ido globalizándose. Estos aspectos han permitido que la franquicia no solo sea un mecanismo sino un contrato de cooperación empresarial teniendo como única finalidad el éxito del negocio, incrementando la actividad económica y mejorando el comercio. De esta manera podemos afirmar que la franquicia constituye una nueva forma de hacer negocios exitosos, esto es, por medio de la obtención de todo el saber y experiencia de una empresa ya reconocida en el mercado.

3. LA FRANQUICIA FRENTE A OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES SIMILARES

El contrato de franquicia guarda similitudes y diferencias con varios contratos comerciales, los cuales en gran mayoría también son atípicos, otros nominados. En tal sentido corresponde establecer las diferencias existentes entre la franquicia y otras figuras contractuales con las cuales se podría considerar que tiene alguna similitud. Mencionare los más relevantes:

3.1. Con el contrato de licencia

Este tipo de contrato mercantil, es aquel que se caracteriza por el hecho de que el licenciante, esto es el titular de una marca, patente de invención, secreto comercial, etc., sin que se desprenda de su dominio concede a un tercero quien es denominado “licenciatarario” haga uso de ella de conformidad a lo convenido. Teniendo así como objeto este contrato autorizar a este tercero para que explote una invención patentada por otro, usualmente por un tiempo determinado a cambio de una prestación económica.

Desde esta perspectiva, si bien ambos contratos son para ampliar el mercado y expandir un negocio, es evidente que el objeto del contrato de franquicia va mucho más allá y es más vasto que el contrato de licencia. Y ello no solamente porque el franquiciante deja de tener el monopolio absoluto sobre el producto o franquicia, sino porque además de ceder el uso de la marca debe cumplir con una serie de obligaciones con el franquiciado, entiéndase; suministrar el know how, capacitar al personal, asistencia técnica, etc., con los cuales el franquiciado lograra el éxito de su negocio. (Martorell, 1997)

3.2. Contrato de cesión de patente

Como explica Sandoval López, el titular de ella transfiere su propiedad y todos los derechos emergentes de su condición de propietario industrial a su co-contratante. (Sandoval López, 1997)

Sin embargo, la principal diferencia se encuentra en la extensión del contrato. Pues, este podría ser parte de los elementos de la franquicia. Es decir, el franquiciante acuerda cederle la patente de la que es titular al franquiciado, reservándose – para la eventualidad de que decida explotar un establecimiento – la facultad de utilizarla registrándola en la zona en que piensa desarrollar sus actividades. (Martorell, 1997)

3.3. Contrato de Know How

Referirnos al Know How es hacer mención a una figura jurídica que en la actualidad ha adquirido gran importancia sobre todo desde el ámbito económico. Para abarcar todo acerca del know how, sería necesario dedicarle todo un artículo específicamente para hablar de ello. No obstante, es de gran importancia hacer referencia puesto que es uno de los elementos claves, vitales dentro del contrato de franquicia.

Tanto la franquicia como el know how son contratos atípicos, no tienen ninguna normativa que les sea aplicable dentro de nuestro acervo jurídico. Sin embargo, analizando el vínculo entre estas dos figuras, podríamos considerar a la franquicia como un contrato principal y autónomo, mientras que el know how sería accesorio a este primero. El know how es el conjunto de saberes técnico, comercial, económico, es ese “saber hacer” que se transfiere dentro del contrato de franquicia para que de esta manera el franquiciado tenga un éxito asegurado de su negocio.

Ahora bien, si vemos al contrato de know how de forma independiente, como un contrato principal, este sería únicamente el otorgamiento de un conocimiento industrial, tecnológico, práctico de carácter secreto y restringido. (Bravo Melgar, 2016, pág. 22)

De lo previamente mencionado, podemos darnos cuenta que una vez más su diferencia con la franquicia es en el objeto del contrato, pues en este último no solo existe la intención de contar

a futuro con el uso de un nombre, una marca o patente, sino también de tener acceso al conocimiento del método que habrá de permitir explotar con éxito un determinado negocio.

3.4. Contrato de Suministro

El contrato de suministro es aquel en el que el proveedor le entrega a la otra parte, es decir al suministrado, cosas muebles que son objeto de entregas sucesivas en un modo determinado a cambio de un precio. Lo que caracteriza principalmente a este contrato es su duración y la finalidad que tiene, que es estar suministrando en pro de satisfacer una necesidad que por lo general es colectiva y permanente.

Nuevamente volvemos a lo mismo que se ha mencionado anteriormente, la franquicia es un contrato amplio en el cual se ven inmersas una gama de obligaciones adicionales que dentro del contrato de suministro resultan inexistentes.

3.5. Contrato de distribución

En este tipo de contratos, los productos fabricados por el productor son colocados en el mercado por el distribuidor. Este no interviene en el proceso de fabricación, al contrario de lo que sucede con el franquiciado que es quien fabrica el producto que vende y adquiere el know how que le transmite el franquiciante. Así mismo antes de la instalación del establecimiento del franquiciado, el franquiciante aporta la asistencia necesaria, así como los conocimientos y experiencia. Todos estos aspectos no se encuentran comprendidos dentro del contrato de distribución. Mientras que en la franquicia la asistencia es permanente en el contrato de distribución no lo es.

Franquicia	Contratos similares
<p>Franquiciante deja de tener el monopolio absoluto sobre el producto.</p> <p>No solo cede marca sino conjunto de obligaciones, know how, entre otros.</p>	<p>Contrato de Licencia: Tiene por objeto autorizar a un tercero que explote la invención patentada.</p> <p>Licenciante no se desprende de su marca.</p>

<p>La patente es solo una parte del contrato. No solo cede sus derechos sino que hay conjunto de derechos y obligaciones mutuas. El franquiciante sigue siendo el propietario de la marca.</p>	<p>Contrato Cesión de Patente: El dueño de la invención tiene un monopolio exclusivo de explotación. El titular cede su propiedad y los derechos emergentes de la misma.</p>
<p>Contrato principal. Objeto del contrato más extenso A más del know how implica otros elementos.</p>	<p>Contrato Know How: Contrato accesorio. Si se lo ve como un contrato principal, únicamente otorga conocimiento industrial.</p>
<p>Una vez más su diferencia radica en el objeto del contrato. Implica otras obligaciones, y elementos que no tiene el de suministro. Por ejemplo transferir una marca.</p>	<p>Contrato de Suministro: Lo caracteriza principalmente su obligación. Su finalidad es satisfacer una necesidad que por lo general es colectiva y permanente.</p>
<p>El franquiciado es quien fabrica el producto y vende, esto debido a la transferencia del know how. La asistencia que se da mientras dura el contrato es permanente.</p>	<p>Contrato de Distribución: Los productos fabricados son puestos en el mercado por el productor. No interviene el productor en el proceso. La asistencia no es permanente</p>

CAPÍTULO II: EL CONTRATO DE FRANQUICIA

4. NATURALEZA JURÍDICA

La franquicia como ya se ha mencionado en los párrafos anteriores, es considerada como uno de los mejores sistemas o estrategias de desarrollo y crecimiento comercial empresarial, que por ende requiere que se establezcan una serie de medidas y normas contractuales claras y precisas, a fin de evitar conflictos entre franquiciador y franquiciado.

Se debe tener claro que en ocasiones los intereses y las motivaciones entre las partes no son siempre las mismas. Por un lado, el franquiciado podría tener metas de desarrollo o de ventas bastantes limitadas, o únicamente recuperar la inversión. Mientras que por otro, el franquiciador

siempre tendrá como finalidad el crecimiento y expansión de su mercado, por lo que constantemente busca agrandar su área de operaciones. Situaciones como estas, por citar como ejemplo, son las que podrían conllevar a conflictos entre las partes. He ahí la vital importancia del contrato de franquicia.

El contrato de franquicia es el instrumento que informa, respalda y protege el buen funcionamiento de un sistema de franquicias. Este contrato debe partir de un punto de vista práctico, teniendo en cuenta los posibles acontecimientos futuros que puedan surgir de la relación entre franquiciador y franquiciado, ofreciendo opciones para la resolución de obstáculos. En palabras de Sara Pérez Gonzales “el contrato de franquicia debe en última ser el reflejo de numerosas decisiones y estrategias que el franquiciador ha adquirido durante mucho tiempo y que constituyen la esencia del Know How que transfiere, y que evitan que el franquiciado cometa los errores que ya han sido superados por el franquiciador.” (Pérez Gónzales, 1997, pág. 5)

Este contrato no se encuentra definido, regulado ni tipificado de manera expresa en nuestro ordenamiento jurídico, lo que conlleva a que muchas veces se lo asimile o confunda con otras clases de acuerdos. Pese a ser un contrato atípico puesto que no ha sido objeto de una regulación especial, es una figura contractual reconocida por la realidad social, su existencia es innegable y hoy en día, es de constante celebración por parte de los comerciantes y empresarios.

En consecuencia, al no ser un contrato regulado, resulta conveniente que las partes regulen in extenso las prestaciones recíprocas a las que se obligan, a manera de que se deje el menor espacio posible a una aplicación analógica de normas legales que regulan contratos similares, que por semejantes que sean podría derivarse en una interpretación errónea aplicándola al contrato de franquicia. El establecimiento de una normatividad específica limitaría que se susciten conflictos de esa naturaleza.

Luego de haber señalado lo anterior, cabe mencionar que es en sí el contrato de franquicia, para lo que me permito citar al Tribunal Supremo Español que lo define de la siguiente manera: “STS de 27 de septiembre de 1996: Declara el alto tribunal que «desde un punto de vista doctrinal ha sido definido como aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona

delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica». (1996)

Una vez mencionado, acerca del contrato de franquicia, su definición y su naturaleza jurídica de ser atípico, es menester señalar los aspectos característicos del mismo, los cuales son:

- **Consensual.**- Partiendo de la idea que este contrato no se encuentra regulado por una normatividad específica, sino que sigue los lineamientos de las normas contractuales en general y la autonomía de la voluntad de las partes, se puede considerar como un contrato consensual que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades de las partes, no obstante, debido a su complejidad es menester que sea celebrado en forma escrita y queden plasmadas todas las cláusulas que darán seguridad jurídica a las partes.
- **Oneroso y bilateral.**- Dígase bilateral desde el momento en que las partes contratantes se obligan recíprocamente. Y oneroso porque tiene como objeto la utilidad de ambas partes.
- **Conmutativo.**-El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (Artículo 1457 Código civil).
- **De tracto sucesivo.**- Parte de la naturaleza del contrato de franquicia es que dure en el tiempo, por tal motivo las prestaciones a cargo de las partes son continuas y deberán ser cumplidas en los tiempos convenidos.
- **Mercantil.**- Esto en consideración de la función económica que surge de la relación entre franquiciado y franquiciador, cumpliéndose en un ámbito totalmente comercial.
- **De adhesión.**- Estipula Osvaldo Marzorati, profesor de derecho de los negocios internacionales de la Universidad de Buenos Aires, y representante de la Asociación Internacional de la Franquicia, que muy a menudo, la franquicia es un contrato concluido a bases de cláusulas predispuestas. Un franquiciador que goza de cierta reputación tiene la ventaja de elegir sus franquiciados e imponer sus cláusulas.

4.1. Cláusulas características de un contrato de franquicia

El contrato de franquicia, al considerarse como un documento el cual crea una relación contractual entre las partes, pero que a su vez esto no conlleva a subordinación entre ellas, sino al contrario, existe una absoluta independencia tanto jurídica como financiera, es menester que se encuentre provisto de ciertas cláusulas que lo diferencian de otro tipo de contratos similares y que brindan mayor seguridad jurídica tanto para el franquiciado como para el franquiciador.

1. **Exclusividad.**- El franquiciador se encuentra obligado a no otorgar a distinta otra franquicia en el mismo ámbito territorial. Y de igual manera se obliga a no brindar los servicios objeto de la franquicia por sí mismo. Del otro lado, el franquiciado se obliga a no comercializar productos o servicios ajenos al franquiciador.
2. **No competencia.**- El franquiciado no podrá abrir un establecimiento o emprender un comercio similar al que es objeto de la franquicia durante lo que dura el contrato, ya sea de manera directa o indirecta a través de personas físicas o jurídicas. Se debe tener en cuenta que de la misma forma se puede exigir el compromiso de no competencia postcontractual.
3. **Confidencialidad.**- Uno de los derechos que le asiste al franquiciador es el de poder exigir al franquiciado un deber de confidencialidad de la información precontractual y contractual transmitida en la franquicia.
4. **Pacto de relación jurídica.**- El hecho de celebrar un contrato de franquicia no supone la creación de un vínculo laboral entre las partes. Al contrario, el franquiciador deberá desarrollar su negocio a cuenta de su propio riesgo, asumiendo los resultados del mismo. El franquiciador no es responsable de que el franquiciado obtenga como no beneficios en la explotación del negocio objeto de la franquicia.

5. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CONTRATO DE LA FRANQUICIA

La franquicia hoy en día se presenta como una modalidad empresarial que ha generado gran apertura económica generando un importante desarrollo en el ámbito comercial. Sin duda alguna es uno de los modelos de negocios más difundidos y con gran expansión en los últimos tiempos. Esto se debe a que permite un rápido crecimiento, una disminución de riesgos y el acceso a economías de escala, entre otros importantes beneficios.

No obstante, es necesario mencionar que la franquicia no es una solución mágica, que el solo integrarse a una cadena de franquicia no garantiza un éxito total entre las partes que intervienen en ella, al igual que todo negocio requiere emprendimiento, esfuerzo e implica un riesgo – aunque menor frente a otras opciones- además de constituir una serie de obligaciones y compromisos que se generan para las partes, siendo fundamental generar beneficios recíprocos.

Algunas de las ventajas que conlleva celebrar un contrato de franquicia es la reducción de riesgos al emprender un negocio que previamente ya ha obtenido resultados aprobados, por otra parte la obtención de experiencia, el poder acceder a la tecnología y el know how que es uno de los elementos vitales de esta figura, contar con una formación y capacitación desde el inicio y de manera continua mientras se encuentre vigente el contrato, tener exclusividad de territorio, facilidad de acceso a herramientas de marketing y publicidad, pero sobre todo la principal ventaja es que nuevo empresario ve reducido el riesgo que implica emprender en una actividad comercial por primera vez y de forma independiente; dado que el negocio que empezara ya ha sido previamente rentabilizado por el franquiciador. Es decir, no tendrá que probar suerte si le ira bien o no, ya que el riesgo del negocio ya fue en su momento asumido por el franquiciador, quien fue el encargado de darle un puesto en el mercado y teniendo aceptación y reconocimiento entre el público en general.

Por razones como las antes expuestas es que resulta importante celebrar el contrato de franquicia, pues este es el que va a definir el tipo de relación existente entre el franquiciado y franquiciador, determinando qué papel le corresponde a cada uno en el desarrollo de la franquicia: sus responsabilidades, derechos y limitaciones.

Si bien las ventajas son mayores, se debe tener en cuenta los riesgos, errores que podrían suscitarse al momento de celebrarse el contrato de franquicia si es que no se lo hace con conocimiento previo o sin esclarecer de forma clara lo que le compete a cada uno.

Al ingresar a este sistema de franquicias, la parte franquiciada debe tener conciencia de estar asumiendo riesgos, debe saber que al someterse a la red disminuye su posibilidad de innovar y de cierta manera su capacidad de actuar, puesto que su comportamiento queda supeditado a manuales operativos del franquiciador. Corre el riesgo de seleccionar el franquiciador que no le corresponde, dejarse llevar por falsas ideas que a la final lo único a lo que lo conllevaran es al fracaso.

Pese a que varias veces se ha hecho mención a la independencia jurídica y económica de cada una de las partes, no se puede dejar de un lado que en el ámbito comercial si hay una dependencia, puesto que el franquiciado queda coartado a las limitaciones impuestas por el contrato de franquicia.

Por otro lado, ciertos autores consideran que una desventaja, -de poder llamársela así- es que el franquiciado debe desembolsar una cierta cantidad de dinero antes de iniciar el negocio, que será por concepto de canon de entrada más los valores mensuales que son por concepto de regalías, sin embargo, se debe tener en consideración que si el franquiciado y franquiciador comparten los riesgos financieros, la unión y la relación comercial entre ellos, cumpliendo así uno de los objetivos del contrato que es ser de colaboración, aseguran beneficios para ambas partes y un mejor desarrollo para el negocio.

6. PROPUESTA REFORMATORIA AL CÓDIGO DE COMERCIO

Al inicio del presente trabajo se menciona acerca de lo notorio que es el crecimiento mundial al que nos enfrentamos a diario, un crecimiento donde las diversas relaciones comerciales son mayores, buscando siempre expandir sus mercados y procurando un desarrollo económico.

Los contratos mercantiles modernos pese a su uso muy frecuente en los últimos tiempos no se encuentran contemplados en el código de comercio ecuatoriano, si bien siguen las reglas generales de los contratos comunes, esto no resulta suficiente al momento de contraer las relaciones contractuales y entrar en detalles específicos de cada modelo.

Es por ello, que sin ánimo de que la ley entre a regular hasta los más mínimo de las relaciones contractuales, si se considera oportuno y necesario salvaguardar las relaciones entre comerciantes, empresarios que se ven en la necesidad de emprender nuevas estrategias buscando el desarrollo de sus negocios ampliando sus mercados. De esta manera es necesario prever una normativa específica que brinde seguridad jurídica y evite posibles conflictos por interpretaciones erróneas a leyes referentes a contratos similares.

En el Ecuador existe la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, que en su artículo 1 señala su objeto, el cual me permito citar a continuación

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y *sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios*, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”

Siendo así, es vital una regulación a contratos mercantiles modernos, entre estos la franquicia, que como hemos señalado en el presente trabajo, si no se celebra el contrato de forma correcta y con conocimientos previos, puede crear conflictos e incluso transgredir contra ciertas normativas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico. Esto por el abuso de franquicias internacionales que por el poder de mercado abusan al momento de establecer sus cláusulas en

los contratos, por la desleal competencia que podría generarse frente a otros comerciantes independientes, por el abuso en el dominio de mercado, entre otros factores.

Por lo mencionado anteriormente y a título de una posible solución ante lo restrictivo y caduco que es el Código de comercio ecuatoriano en lo que respecta a la regulación de contratos mercantiles modernos; se propone una reforma al artículo 3 del Código de comercio, de tal manera que se incluya en su último numeral el contrato de franquicia y de esta forma se establezca una sección donde se estipule su definición, por citar como ejemplo, podría establecerse que es contrato de franquicia todo acuerdo en el cual una parte denominada franquiciante se compromete para con otra denominada franquiciado a otorgar el derecho de utilizar un negocio previamente probado o de comercializar bienes o servicios bajo el nombre comercial o marca del franquiciante, por otro lado establecer que el objeto del contrato es aprovechar el posicionamiento de un negocio o marca que previamente ha logrado una ventada competitiva en el mercado, fijar las obligaciones y derechos de las partes para evitar que durante la vigencia del contrato se den sucesos que conlleven al fracaso de la misma, fijar las cláusulas que debe contener el contrato tales como las cláusulas de otorgamiento, de exclusividad territorial y de expansión, cláusulas relacionadas al pago, a la confidencialidad, a la información, entre otras, y finalmente las formas de terminar la relación contractual. De esta forma buscando prever futuros conflictos o la transgresión de otras normas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

7. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podemos afirmar lo siguiente:

La globalización y el libre comercio han generado nuevas relaciones contractuales en el mundo de la economía actual, cada vez son más las empresas, comerciantes que buscan expandir sus negocios en mercados tanto locales como internacionales por medio de diversas estrategias

La franquicia actualmente es una de esas estrategias, un sistema de comercialización que busca expandir los negocios, es una figura que al ser compleja y tener elementos de transmisión de propiedad intelectual e industrial requiere de un contrato con lineamientos específicos y de una normativa específica que le sea aplicable al momento de su celebración.

Por otra parte, vemos que no se trata de una figura aislada o poco común, pues debido a su auge hoy en día ya son algunos los países que cuentan con una legislación donde se regula este contrato mercantil, tales como Estados Unidos, Canadá, China, Australia, y haciendo un importante hincapié en México y Brasil, países latinoamericanos pioneros en introducir a su legislación esta figura de la franquicia.

Por lo tanto, con todo lo mencionado anteriormente a más de novedoso e interesante se considera necesario sugerir una pronta actualización de nuestras leyes referente a lo comercial teniendo en cuenta que debido al progreso de la sociedad y desarrollo económico de los mercados han surgido contratos mercantiles, siendo la franquicia uno de ellos, que necesitan ser regulados bajo normas específicas

8. BIBLIOGRAFÍA

(Tribunal Supremo Español 27 de Septiembre de 1996).

Alonso, M. (2003). *La Franquicia de la A a la Z: Manual para el franquiciador y franquiciado*.

España: LID.

Arias-Schreiber, M. (1996). *Los contratos modernos Tomo II*. Lima.

Bravo Melgar, A. (2016). Contratos modernos empresariales . En A. Bravo Melgar, *Bravo Melgar, Alex* (págs. 5-6). Lima: Ediciones Legales E.I. R.L.

Brosseta Pont, M. (1989). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Grupo Anaya S.A.

Brosseta Pont, M (2005): *Manual de Derecho Mercantil Tomo I Introducción y Estatuto del Empresario, Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial de Sociedades*. España.

Cabanellas, G. (1983). *Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia*. Heliasta.

Caceres, C. (2000). *El Contrato de franquicia* . Lima: Cultural Cuzco S.A.

Carbajales, M., & Marchesin, D. (2002). *Teoría y Práctica de la defensa de la competencia* . Buenos Aires: Villela Editor.

Caro Nieto, J. (1995). *Contratos mercantiles* . Bogotá .

De la Puente y Lavalle, M. (1997). *Temas de derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco S.A.

Díez, E. C., Navarro, A., & Rondán, F. J. (2005). El sistema de franquicia. *Fundamentos teóricos y prácticos*.

Farina, J. (1993). *Contratos comerciales modernos* . Argentina: Astrea.

González, G. J. B. (2002). *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*. ESIC Editorial.

Martorell, E. E. (1997). *Tratado de los contratos de empresa* . Buenos Aires: Industria Grafica del Libro S.A.

Obiol Anaya, E. (2016). *Contratos mercantiles*. Perú: Editora y ibreria juridica Grijley E.I.R.L.

Pérez Gónzales, S. (1997). *Las cláusulas del contrato de franquicia*. Bogotá.

Sandoval López, R. (1997). Operación de Franquicia. En E. E. Martorell, *Tratado de los contratos de empresa* (pág. 566). Buenos Aires: Industria Gráfica del Libro S.A.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y el consumo*. Bogotá: U.EXTERNADOCOLOMBIA.S.A

Villagran Cepeda, L. (s.f.). *Aspectos Legales de la Franquicia en Ecuador*. Obtenido de Aefran.org Web Site: <https://aefran.org/aspectos-legales/>

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Calero Gómez, Stefany Isabel**, con C.C: # **0921064531** autor/a del trabajo de titulación: **La atipicidad e irregularidad del Contrato de Franquicia en el Ecuador** previo a la obtención del título de **Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **20 de febrero de 2018**

f. _____

Nombre: **Calero Gómez, Stefany Isabel**

C.C: **0921064531**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La atipicidad e irregularidad del Contrato de Franquicia en el Ecuador		
AUTOR(ES)	Calero Gómez, Stefany Isabel		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Ab. Benavides Verdesoto, Ricky Jack		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de febrero de 2018	No. DE PÁGINAS:	33 páginas
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho mercantil, derecho de competencia, derecho civil		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	Franquicia, Know How, atipicidad, libre comercio, competencia, contratos mercantiles.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Es formidable el crecimiento mundial al que nos enfrentamos a diario, un crecimiento en donde la multiplicidad de los vínculos contractuales modernos y las diversas relaciones comerciales cada vez es mayor, aumentado las posibilidades de expandir mercados tanto locales como internacionales y de esta manera contribuyendo a un mejor desarrollo económico.</p> <p>Es de vital importancia tener en cuenta que la globalización y el libre comercio evidencian la necesidad de generar nuevas formas de relaciones comerciales o de crear empresas sostenibles con el afán de forjar autoempleos, dinamizar la economía y fortalecer el comercio de una ciudad o de un país. Por esta razón, por medio del presente trabajo se dará a conocer los aspectos básicos de la franquicia, contrato moderno, de gran auge hace algunos años, que nos permita entender el génesis y desarrollo del contrato de franquicia.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-991180763	E-mail: isacalero_28@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: REYNOSO GAUTE DE WRIGHT, MARITZA GINETTE		
	Teléfono: +593-4-2200439		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			