

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL DOCTORADO EN DERECHO

**“EL CONTRATO DE FRANQUICIA EN ECUADOR, ASPECTOS
JURÍDICOS Y ECONÓMICOS”**

PABLO CARRASCO

QUITO, 2005

RESUMEN

El contrato de franquicia comercial en Ecuador, Aspectos Jurídicos y Económicos

En esta tesis se estudia y analiza el sistema de franquicia comercial. Este contrato es revisado desde sus orígenes hace más de un siglo en América del Norte hasta el día de hoy. Por otra parte se ha realizado un profundo estudio sobre el impacto y el desarrollo de este contrato en América del Sur (especialmente Ecuador).

Este "sistema comercial novedad" carecía hasta ahora de un estudio detallado sobre su figura y su aplicación en Ecuador. A los fines de un estudio profundo de la naturaleza, las características y aplicaciones de este contrato no regulado, el presente documento se divide en tres capítulos. El primer capítulo trata el origen y desarrollo de este contrato, el estudio de sus diferentes definiciones y diferencias con otros tipos contractuales, el segundo capítulo se analiza la estructura del contrato, temas contractuales, objeto del contrato, así como los derechos y obligaciones generados en el nivel contractual y post contractual. Finalmente, en el tercer capítulo, la aplicación del contrato de franquicia en el país se revisa, tipos de franquicias implementadas, las reglas del ordenamiento jurídico vigente que regulan el contrato de forma directa o indirecta, como la Constitución Política de la República, el Código de Comercio, el Código Civil, la ley de Propiedad Intelectual, la Garantía de Inversiones y Promoción de la ley, la ley del Consumidor, entre otros. También críticas de la comunidad y regional CAN decisiones. Por último, esta tesis contribuye a delinear un plan para una posible regulación de este contrato en nuestro país.

El objetivo final de este estudio es aumentar y mejorar la gestión doctrinaria de este sistema comercial en nuestro país

ABSTRACS

The commercial franchise contract in Ecuador; Juridical and Economic Aspects

This thesis studies and analyzes the commercial franchise system. This contract is reviewed since its origins over a century ago in North America until the present day. Moreover a profound study on the impact and development of this contract in South America (especially Ecuador) has been conducted .

This “novelty commercial system” lacked until today of a detailed study on its figure and application in Ecuador. For purposes of a thorough study of the nature, characteristics, and applications of this non regulated contract, the present paper is divided in three chapters. The first chapter deals with the origin and development of this contract, studying its different definitions and differences with other contractual types, the second chapter analyzes the contract’s structure, contractual subjects, contract’s object, as well as rights and obligations generated at the contractual and post contractual level. Finally in the third chapter, the franchise contract application in the country is reviewed, types of franchises implemented, rules of the current legal system regulating the contract directly or indirectly, such as the Republic’s political Constitution, the Commerce Code, the Civil Code, the Intellectual Property law, the Investment Warranty and Promotion law, the Consumer law, among others. Also reviews community and regional CAN decisions. Finally this thesis contributes to delineating a scheme for a possible regulation of this contract in our country.

The final goal of this study is to increase and enhance the doctrinary management of this commercial system in our country.

INTRODUCCION

Todos los días escuchamos que gracias a la tecnología las distancias se reducen, el mundo se encoge y es cada vez más fácil hacer negocios comerciales entre pueblos rompiendo barreras idiomáticas, culturales, etc. que hasta hace pocos años era casi un imposible y es un efecto más de la llamada globalización.

Gracias a las tecnologías modernas como el Internet, comercio electrónico, los pequeños fabricantes, comerciantes, etc pueden publicitar y colocar sus productos en el mercado a nivel mundial con un costo mínimo.

De esta misma forma los empresarios, comerciantes pueden optar por encontrar nuevas formas de negocios, adoptando ideas para la aplicación en su país.

Por otra parte vemos que a nivel mundial existe una corriente de unificación de legislaciones en algunas materias de carácter comercial como son las leyes de propiedad intelectual, leyes de comercio electrónico, etc.

La constante evolución de los negocios internacionales, obligan a crearse nuevos tipos de contratos y sistemas de comercialización como son el Leasing, el Engineering, Know How, Suministro, Distribución, Licencia de Marca, etc. Cabe señalar que estos contratos no nacen de la inventiva o genialidad de algún doctrinario o peor aún de algún brillante legislador, sino que nace de la necesidades de los comerciantes que se producen en comercio internacional.

De esta manera nace el contrato de franquicia comercial, el cual es originario de Estados Unidos, y ha tenido una gran acogida en muchos países del mundo entero. El Ecuador no es la excepción, ya que este como veremos contrato de contratos, permite que personas y comerciantes con una relativa pequeña

cantidad de dinero pueda iniciar un negocio con tecnología de punta, con una marca conocida y de renombre, lo que le permite una ventaja comercial dentro del mercado y frente a su competencia.

A pesar de que este contrato ya lleva algunos años de aplicación en Ecuador Carece de un estudio profundo de su figura y aplicación en nuestro país.

La situación precedentemente descrita es la que ha inducido a orientar este trabajo en el estudio del Contrato de Franquicia comercial, con el fin de aumentar y profundizar el tratamiento doctrinario de este sistema comercial en nuestro país.

CAPITULO I

ORIGEN, DESARROLLO Y CONCEPTUALIZACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIA COMERCIAL

1. ORIGEN Y DESARROLLO

El concepto de franquicia comercial o franchising no es nuevo en el mundo jurídico.

Aunque en la Edad Media existieron figuras un tanto parecidas al actual contrato de franquicia, los primeros registros de esta figura datan de 1851, fecha en que tuvo lugar su creación en Estados Unidos, por la necesidad de un sistema de venta y colocación de productos más ágil en el mercado. La primera compañía en cambiar el sistema de ventas tradicional de “venta bajo comisiones” fue la compañía Singer, la cual transformó el sistema que normalmente llevaba hasta la fecha, de pagar a sus vendedores por las máquinas vendidas en calidad de comisionista a cobrar a los agentes en ventas por el derecho de distribución y venta de las máquinas de la compañía, las cuales se les entregaban a los vendedores en un precio inferior del mercado normal y el vendedor las vendía con un sobreprecio, resolviendo varios puntos negativos del sistema tradicional de comisiones, entre los cuales encontramos:

1) Exagerada Carga Salarial.- Al tener como empleados al departamento de ventas recurría en varios costos, no solo en los sueldos y comisiones de los vendedores, sino en la construcción de tiendas para vender los productos así como personal adicional (secretaria, contadores, conserjes, etc.) Gastos que dejaban de existir por el hecho de que ahora cada vendedor era un distribuidor que asumía los gastos para cada tienda o punto de distribución.

2) Flujo de Caja.- Al tener un costo inferior en el departamento de ventas y con un ingreso extra al recibir dinero por parte de los distribuidores que pagan por el derecho de venta y distribución, dio como resultado un excedente de dinero que servía para investigación, desarrollo, reinversión, utilidades, etc.

3) Stock de productos.- Al tener una mayor cantidad de dinero y menos gasto, invirtiendo en producción lo cual permite una entrega inmediata del producto, disminuyendo la espera por parte de los clientes y evitando que por este factor se dirijan a la competencia por un producto similar.

Así se observa que se crea una relación entre el proveedor y el distribuidor, en la cual el distribuidor adquiere cierta identidad del proveedor y creando así una manera incipiente del contrato de franquicia. Estos comerciantes independientes estaban autorizados por Singer para vender sus productos y utilizar su marca.

Este sistema tuvo mucho éxito, y como toda buena idea fue copiada y mejorada por otras compañías de la época como General Motors, Coca Cola y varias compañías petroleras como Estandar Oil, etc.

Para 1900 se crea el sistema de sub-franquicia, por parte de Coca Cola, el cual revolucionó el mercado de la siguiente forma:

En 1886 Coca Cola se dedicaba a la venta de su producto únicamente en las “*fuentes de sodas*” que iba creando, por lo tanto su introducción en el mercado era bastante lenta, pero para 1899, dos inversionistas emprendedores, realizaron un acuerdo con la compañía de Coca Cola para distribuir la bebida embotellada en todo los Estados Unidos, pero con la condición de que este sistema de ventas no debía interferir con las ventas en las fuentes de soda de la compañía. Estos empresarios además pactaron asumir el costo de la embotelladora, así como su administración y la distribución del producto a cambio de la entrega del

concentrado necesario para la producción de la gaseosa Coca Cola, y las ganancias se repartían a partes iguales tanto para la Coca Cola Company (franquiciante) y los inversionistas (franquiciados)

El negocio fue tan bueno que al poco tiempo la embotelladora no daba abasto en la producción, así que se crearon varias embotelladoras más, y por falta de capital para invertir en las nuevas embotelladoras, decidieron sub-franquiciar los derechos de embotellamiento y de distribución en varios estados de Estados Unidos. Terceras personas construían embotelladoras de acuerdo a las exigencias de los subfranquiciantes y estos revendían el concentrado de Coca Cola a los subfranquiciados. Veinte años después existían mas de mil embotelladoras de Coca Cola.

Como se puede ver el contrato de franquicia nace bajo la forma de una licencia comercial, la cual constituye una mera concesión de licencia de patente para la comercialización de un producto o de un servicio, pero poco a poco este contrato va evolucionando y haciéndose mas completo como es el día de hoy.

Efectivamente como acertadamente señala Kleidermacher, los dueños de una marca registrada reconocida, a partir del interés creado sobre la posibilidad de una mejor y más extendida explotación del nombre registrado, permiten a terceros la producción de la mercadería, a riesgo propio, con tal identificación prestigiosa. Así, el uso de la marca es autorizado en forma temporal contra el pago de un royalty o contraprestación acordada. Con el tiempo estos contratos fueron evolucionando, por cuanto el licenciante debió prever cada vez mayores contingencias susceptibles de aparecer en la relación contractual. El mayor inconveniente es que muchas veces las características y calidad de los productos fabricados y distribuidos por el licenciatarario al amparo de la marca no correspondían a la jerarquía de la misma. Por ello se fueron introduciendo nuevas condiciones contractuales, prohibiendo al licenciatarario producir cierto tipo de mercadería, brindar determinado servicio, obligándolo a mantener rígidos

estándares de calidad, incluyendo serias penalizaciones económicas y eventuales terminaciones de los acuerdos firmados. ¹

Cada vez se fue desarrollando más control sobre el licenciatario obligándolo a aceptar inspecciones periódicas con el objeto de evitar y prevenir consecuencias dañosas en el uso que hacía de la marca, Por su lado el licenciatario también necesitó de nuevas garantías, como por ejemplo que el licenciante mantuviera un nivel mínimo de inversión publicitaria anual sin cuyo apoyo la marca carecería de interés comercial.

Al irse paulatinamente añadiendo nuevos condicionamientos y complejidades a estos contratos de licencia de marca, se fue entretejiendo lo que Kleidermacher denomina el franchising como negocio totalizador a partir del cual una persona desarrolla un “sistema completo de creación conducción de un negocio o una empresa. .²

Dentro de la historia del contrato de franquicia advertimos que si bien tuvo su génesis a mediados del siglo XIX, en su desarrollo evolutivo no tuvo sino un verdadero auge sino hasta las décadas de los 50, y así su revolución en el mundo comercial empieza un siglo después de su creación. ¿Pero por qué se produce esto? ¿Por qué se tiene que esperar 100 años o mas para que este contrato sea utilizado de forma general y no de manera esporádica?.

Pues por las razones que se van explicar a continuación:

¹ KLEIDERMACHER Jaime. Aspectos Económicos y Jurídicos. 2da. Edic. Actualizada. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina

²KLEIDERMACHER Jaime. Aspectos Económicos y Jurídicos. 2da. Edic. Actualizada. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina

Estados Unidos en el siglo XIX se encontraba en una época de cambio y de desarrollo. Pero era un país sumamente grande con medios de comunicación muy deficientes, como era habitual en aquella época, lo cual hacía que se desarrollara un crecimiento individual de las ciudades pero no un desarrollo general en todo el país. Por lo tanto cada ciudad empezaba a tener sus propias tiendas, locales, restaurantes, etc.

La utilización del contrato de franquicia como tal no pudo tener un mayor auge en el siglo XIX por la razón de que EEUU era un estado muy grande y no existían vías de transporte moderno, esto hace que los estados miraran más hacia sus mercados internos que hacia los demás estados, por ende era muy difícil la existencia de productos con carácter de distribución nacional, que sean de una misma marca o que sean de un solo fabricante.

Ya en el siglo XX EEUU entra en la primera guerra mundial, posteriormente sufrió la gran depresión produciéndose un retroceso en la economía y por ende un estancamiento en el campo mercantil, pero posterior a la segunda guerra mundial, EEUU se sitúa como una potencia mundial tanto bélica como económica en el mundo entero.

A finales de los años cuarenta Estados Unidos alcanza un desarrollo económico récord en la historia estadounidense lo que permite un gran crecimiento poblacional, estos factores en conjunto conllevan a un crecimiento proporcional en la demanda de bienes y servicios.

También vemos que existe por parte del gobierno de los Estados Unidos un apoyo económico a los soldados que regresan de la guerra, dando créditos blandos para que inviertan creando sus propios negocios.

Y por último, una correcta y oportuna evolución legislativa como la *LanHam acts* "Ley Federal de Marcas de los Estados Unidos de América de 1946," que

permitió conceptualizar una marca como un indicador de calidad siempre que la compañía dueña de la marca fijara y controlara la calidad de los bienes o servicios vendidos bajo la misma.

Encontramos así que hacia las décadas de 1950 y 1960 se crean, venden y comercializan cientos de franquicias en todo el territorio de los Estados Unidos, sobre todo de comida rápida, supermercados, complejos hoteleros etc. Pero una vez más vemos que se crean nuevos tipos de franquicias que ya no solo daban derecho al uso de la marca o nombre comercial, sino que el franquiciado compra el derecho al Know How, acceso al conocimiento, experiencia en las diferentes operaciones del negocio, y principalmente como debe administrarse la franquicia.

Como un ejemplo actual de este nuevo tipo de franquicia tenemos el caso de Mc Donald's donde el franquiciante (Mc Donald's) enseña todo sobre el negocio, cómo se debe hacer cada comida, cuáles y que tipos de ingredientes se deben usar, así como sus cantidades, también enseña la manera de alcanzar una correcta administración del local. Y exige que exista la misma calidad que usa, tanto en los productos en sí, como en otros factores como la higiene. Esta idea obtuvo tales resultados y despertó tal interés que en 1961 Mc Donald's abrió la primera Universidad de la Hamburguesa donde enseñaba desde preparar una hamburguesa hasta administrar un local franquiciado.

Estos ejemplos históricos nos permiten ver la ventajas que conlleva este contrato atípico que permite que el sistema de franchising (franquicia) se consolide como técnica habitual en el medio económico estadounidense, para posteriormente expandirse y proyectarse fuera de sus fronteras en forma de cadenas internacionales, empujados por las facilidades de la exportación de una franquicia, así como la interrelación existente entre los países.

Otro factor es la creación de numerosos organismos y asociaciones destinados a difundir su práctica y asimismo ayudar a informar a los industriales, comerciantes y personas interesadas en crear o entrar a un grupo de franchising (franquicia). Un claro ejemplo es la National Association of Franchised Businessmen (NAFB) (Asociación Nacional de negocios franquiciados) una de las mas asociaciones de franquicias mas importantes de EEUU y del mundo entero.

1.1. 1- Europa

El contrato de franquicia comercial llega a Europa, tiempo después de que se consolidó en EEUU. Pero a pesar de su buena acogida no tuvo el alcance esperado en el viejo continente, por la existencia de varios factores o características que distinguían a Europa de los Estados Unidos.

Entre estos factores encontramos diferencias en el plano económico, como son mercados distintos y mas pequeños, en el jurídico, que va variando de país en país, y hasta en el psicológico, donde en la mayoría de países tenían un orgullo nacional, de independencia, que origina un apego y predilección a los productos nacionales que se refleja en el mercado y por consecuencia en el desarrollo de las franquicias internacionales.

Esta característica se mantiene aún hoy en día a pesar de la gran fuerza de la Unión Europea se observan conductas de apego por parte de la mayoría de personas a su país y sus productos, por lo tanto se obtuvo como resultado un desarrollo muy inferior de los establecimientos que funcionan bajo el sistema de franquicia comercial, comparando no solo con los resultados de EEUU, sino también con la cantidad de establecimientos que han aparecido con un sistema tradicional.

Otro factor que influyó negativamente en el momento de introducción de esta nueva técnica de comercio fue la falta de información de los industriales en

cuanto al contenido del contrato y en si a las ventajas comerciales que se pueden obtener.

Pero sin embargo a pesar de que el número de establecimientos que operan bajo el sistema de franquicia comercial es inferior que en los Estados Unidos, se tiene que señalar que este contrato atípico ha alcanzado un desarrollo considerable, y existen varios establecimientos franquiciados sobre todo en Francia, que ocupa el primer lugar en Europa en número de franquicias y en marcas como “*Rodier*”, “*Prénatal*”, “*Elle Shop*” etc.

Un segundo lugar en cuanto al número de franquicias lo ocupa Gran Bretaña, ésta importante presencia se debe posiblemente a que las cadenas norteamericanas que han ingresado en este territorio no encuentran barreras culturales ni lingüísticas para el desarrollo de sus sistemas, a la vez que hay cierta similitud de gustos de los consumidores.

Cabe realizar una distinción entre la situación europea global y la situación del sistema de franquicia en cada uno de los países que la integran en tanto la Comunidad Europea ha legislado y se ha preocupado del franchising como sistema, justamente porque tiene la virtud de permitir una integración muy fluida entre diferentes países identificando cadenas comerciales transnacionales

Se ha conformado así una Federación Europea de Franquicia, con una función de promoción y difusión con la finalidad de promover el franchising como mecanismo de integración de mercados.³

1.1.2. - Japón

³ Ver tabla sobre las franquicias operativas en Europa y Estados Unidos.

Es uno de los países donde con mayor vigor se ha desarrollado la franquicia comercial como un nuevo sistema de distribución comercial. En 1987, se contaban en este país 114.200 franquiciados que pertenecían a más de 620 veinte cadenas de franquicias.

Aproximadamente el 50% funcionaban en el área de comidas, un 20% en el campo de los servicios y el 30 % restantes en otras áreas de distribución comercial de venta minorista

La mayoría de franquicias establecidas en Japón son en su mayoría estadounidenses y europeas. La influencia de Estados Unidos es notoria dentro del esquema normativo bajo el que se desarrolla esta figura en el Japón.

1.1.3.- Latino América

En América Latina las franquicias comerciales empezaron a surgir en la década de los 60 cuando se produjo la internacionalización de franquicias por parte de Estados Unidos, así vemos que se empieza a firmar contratos franquiciantes sobre todo en México por la ubicación junto a los EEUU. Además por factores como globalización de mercados, interrelación entre los países, zonas de libre comercio, migración entre Estados, etc.

Así vemos que, poco a poco se van introduciendo varias franquicias por toda Latinoamérica, sobre todo de comidas rápidas (Pizza Hut, Mc Donal's, etc.) pero también de otro tipo como embotelladoras de gaseosas, tiendas de ropa, etc. Produciendo poco tiempo después, que los propios países creen sus propias franquicias, a tal punto que actualmente en Brasil existen más locales bajo el sistema de franquicia comercial que son nacionales (brasileños) que Estadounidenses.

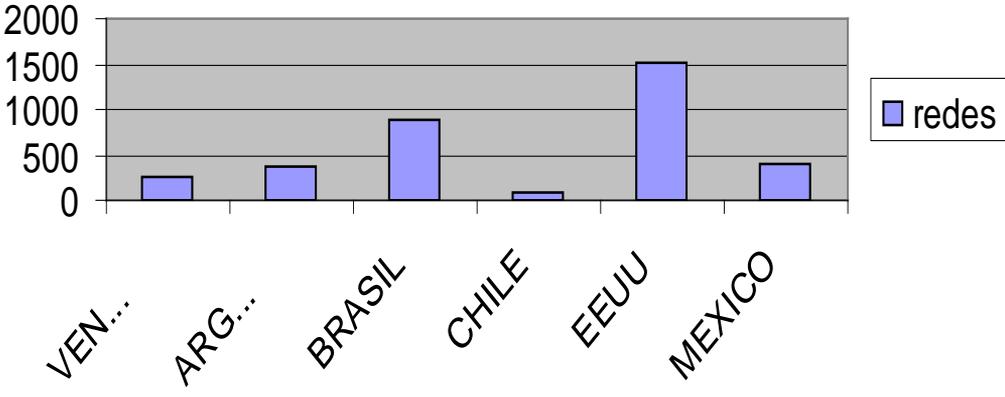
Actualmente entre los mercados latinoamericanos mas desarrollados y propicios para el contrato de franquicia comercial, están, México, Brasil, Chile, Argentina, Venezuela y Puerto Rico (este ultimo por su ligada conexión a los EEUU).

Especial mención como hemos señalado merece el caso de Brasil que en comparación con Latinoamérica ha tenido un fuerte desarrollo tanto de franquicias extranjeras como propias o nacionales.

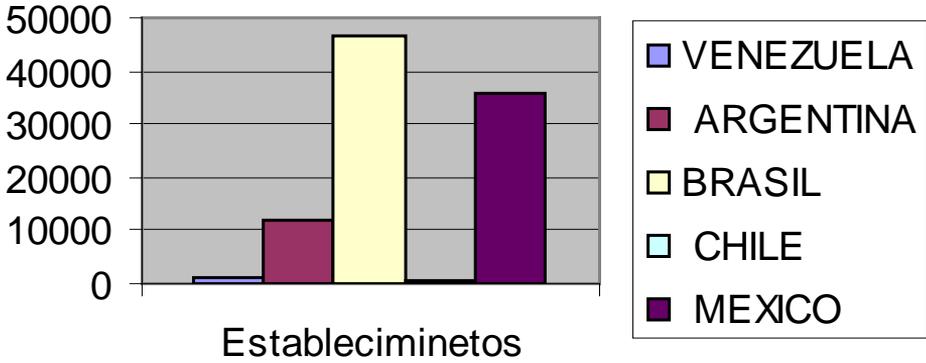
Así mismo Brasil cuenta con la Asociación de Brasileña de franquicias (Associacao Brasileira de Franchising) que actualmente trabaja para lograr una mayor difusión de esta figura, además también en Brasil se encuentra ubicada la Fundación Latinoamericana de Franchising la cual tiene una tarea de promoción y difusión de esta figura contractual.

1.1. 4.Cuadro de Franquicias en América

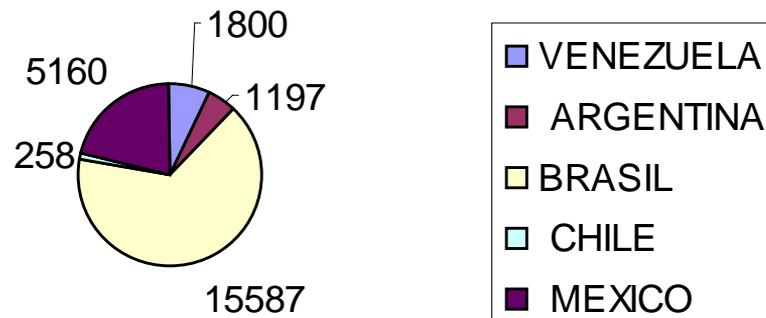
Cadenas Franquiciantes



Establecimientos franquiciados



Facturación en Millones dolares



1.1.5.-La Franquicia en Europa

INGLATERRA

FRANCIA

ALEMANIA

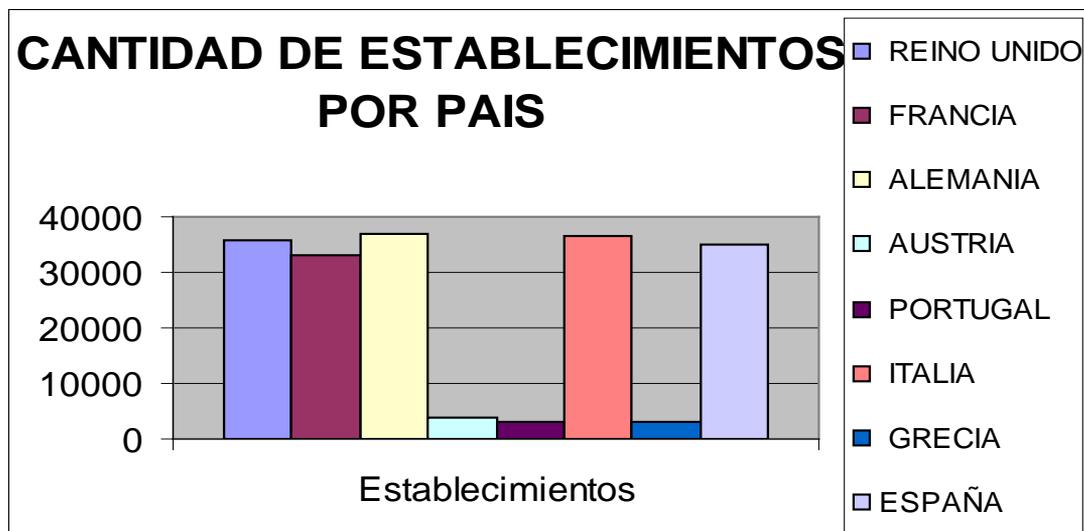
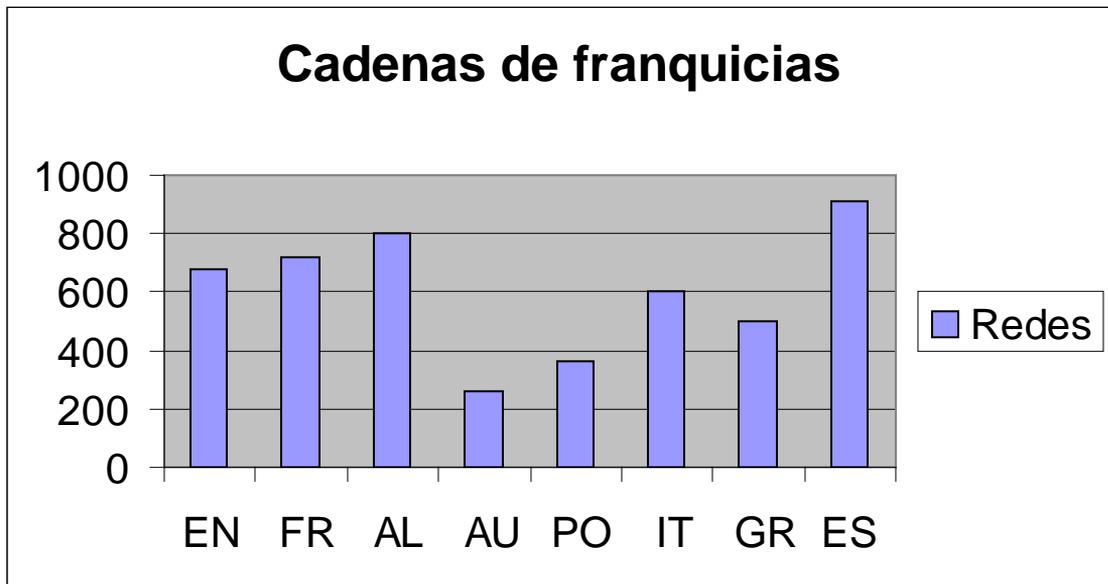
AUSTRIA

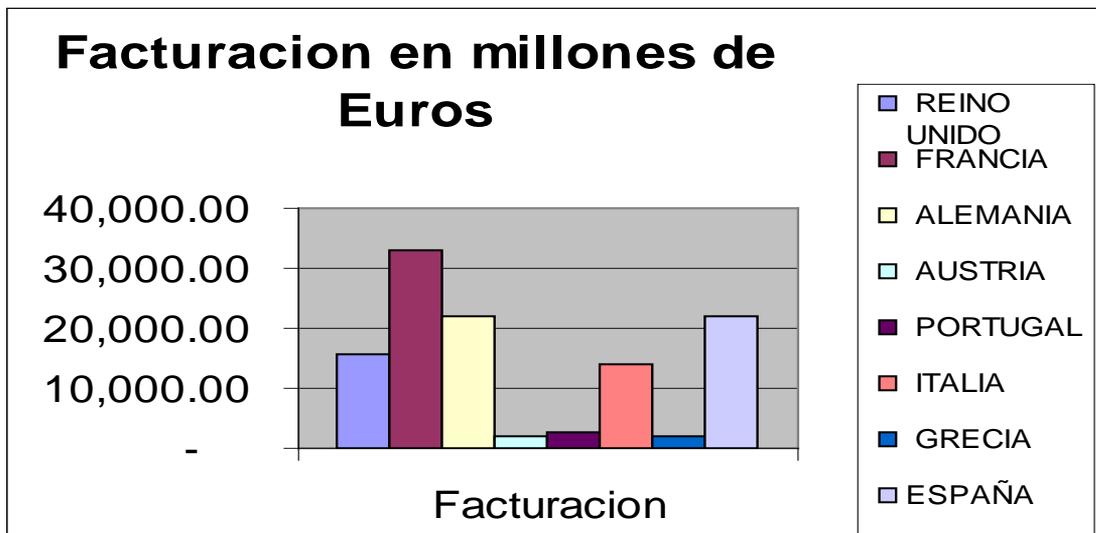
PORTUGAL

ITALIA

GRECIA

ESPAÑA





1.2 DEFINICIONES

El contrato de franquicia comercial a pesar de no estar regulado, ni señalado expresamente en muchas legislaciones latinoamericanas, como la nuestra, la doctrina si se ha encargado de definir este tipo de contrato.

Por lo tanto en este punto especifico de la tesis analizaremos algunas definiciones tanto de algunos autores iberoamericanos, europeos y estadounidenses, que a mi criterio son las mas esclarecedoras, apuntando a señalar qué es el contrato de franquicia comercial en si.

El término franquicia es la traducción literal del idioma ingles “*Franchise*” o “*Fransiching*” que a su vez se derivan del término francés “*francher*” o “*affranchir*” ambos relacionados con el verbo liberar, y utilizados usualmente durante la Edad Moderna como forma de definir la concesión de la libertad a un prisionero o esclavo. Con el tiempo el uso del término fue derivando en la gracia o privilegio conferido por un soberano a un súbdito.

El tratadista argentino Marzorati señala ⁴:

“ El franchising es un contrato atípico que tiene sus propias características, resultándole aplicables las normas del Código Civil (Argentina). Por ello podemos concluir que se trata de un convenio conmutativo, no formal, bilateral, oneroso, y de ejecución continuada.”

Según Salomón Julio Roman básicamente el franchising, es una suerte de simbiosis:

*“una parte, que es conocida como franchisor (franquiciante), otorga licencia a un comerciante independiente llamado franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad. El franchisee generalmente paga un canon por este privilegio, mas una regalía (royalty) sobre grandes ventas. El término franchisee puede significar dos cosas: a) el derecho de franchisee a vender ciertos productos o servicios, y b) el lugar de negocios donde el franchisee ejerce ese derecho”.*⁵

Por otra parte el Black´s Law Dictionary define la palabra franquicia como:

“Es la licencia que otorga el dueño de una marca o nombre comercial que permite a otra persona vender un producto o servicio bajo ese nombre comercial. En general, una franquicia involucra un contrato detallado mediante el cual el franquiciatario se obliga a operar un negocio o vender un producto o servicio conforme a los métodos y procedimientos establecidos por el franquiciante, y este se obliga a su

⁴ MARZORATI, J. Oswaldo : “Derecho de los negocios Internacionales” Edit Astrea. Página 431

⁵ ROMAN SALOMON, Julio “Cuestiones del Derecho Prendario Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma SRL Buenos aires 1986 pág. 450

*vez, a transmitir al franquiciatario el anuncio, promoción, y consulta de otros servicios relacionados con la franquicia.”*⁶

El autor Arce Gargollo, define a la franquicia como:

“...el contrato por el cual el franquiciante otorga al franquiciado la licencia de uso de una marca con el derecho de distribuir ciertos productos o a explotar, con cierta exclusividad, una empresa o negocio mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca (s) y nombre (s) comercial (es), a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación.”⁷

Por su parte el tratadista Thierry Haller, en un proyecto de ley que propuso para Suiza define el contrato de franquicia como:

*El contrato de franquicia es un contrato por el cual el franquiciante ofrece al franquiciado el goce de una clientela existente o a crearse y el cual le concede una licencia de sus bienes inmateriales, técnicas y distintivos, y en el cual, también se obliga a prestarle una asistencia técnica y comercial apropiada. A menos que el acuerdo no establezca el monto de la remuneración del franquiciante, el juez la fije de acuerdo al caso.*⁸

Por su parte la tratadista mexicana Alejandra Torres de la Rosa define a esta figura como:

⁶ Black’s Law Dictionary, West Publishing co., EEUU, 1979, página 592

⁷ ARCE GARGOLLO, J., El Contrato de Franquicia, Themis México 1995 página 34

⁸ HALLER Thierry de,” Le contrat du franchise en droit swiss”, Impremieres populaires Lausanne, 19778 pags, 21 y 22

Contrato mercantil, principal definitivo, bilateral, oneroso, atípico, nominativo, *intuitu personae* consensual y de tracto sucesivo, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obliga a otorgar el uso de una o más marcas nombres, y/o avisos comerciales y derechos de autor, así como a transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia, y know how, y prestar asistencia técnica, organizativa, gerencial, y administrativa a otra aparte llamada franquicitario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial, así como por pagos periódicos o regalías y a comercializar, producir y distribuir bienes, o a prestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado, de acuerdo con la instrucciones y bajo el control de esta.⁹

Para El Comité Belga se entiende por franquicia :

a un sistema de colaboración entre empresas diferentes pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas, el derecho de una explotación de una marca o fórmula comercial representadas por un símbolo gráfico o un emblema y asegurándole al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitarle esta explotación

Sonia Maldonado Calderón en la obra citada señala:

Franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes llamadas franchisor se obliga a ceder a otra llamada franchisee, respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca de un nombre o de un emblema representativos de un producto o de un servicio, o ciertas

⁹ TORRES DE LA ROSA, Alejandra, “El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano” pagina 36

técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y prestarle asistencia, quien a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho.

Por su parte el conocido tratadista en el área mercantil Joaquín Garrigues al respecto dice:

“ Se trata de un contrato mediante el cual el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a explotar una marca y/o signos distintivos; le transmite y permite el uso de una fórmula comercial probada y exitosa y le presta asistencia técnica y asesoría permanente en la explotación del negocio, todo ello a cambio de contraprestaciones económicas establecidas en el contrato que se otorgue.”¹⁰

El mexicano Enrique U. Alcázar Córdova señala que se puede definir al contrato de franquicia, como:

El acuerdo de voluntades en virtud del cual se otorga una Licencia de uso de Marca y se transmiten conocimientos técnicos o se proporciona asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede (franquiciatario), pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca (franquiciante), tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue.

El profesor Donald A. Thompsom en su análisis de este contrato señala:

GARRIGES, Joaquín “Curso de Derecho Mercantil” Madrid 1969

El contrato de franquicia es aquel en el cual una organización, el franquiciante que ha desarrollado un método o una fórmula para la fabricación y/o venta de un producto o servicio, extiende a otras firmas, los franquiciados, el derecho a proseguir con negocio sujeto a ciertos controles y restricciones. En casi todos los casos, el franquiciado opera bajo el nombre de franquiciante como marca o nombre comercial.

1.3. RASGOS PRINCIPALES DEL CONTRATO DE FRANQUICIAS

Para introducirnos en este apartado debemos entender como rasgos principales a las características básicas del mismo que nos permiten entender su naturaleza jurídica, y así mismo develar las posibles dudas o confusiones que puedan haber sobre este contrato atípico.

Cabe señalar que este contrato no se encuentra regulado en forma específica por la legislación ecuatoriana, pero se encuentra regulado por normas de tipo general sobre contratación dadas por el Código Civil, lo que está además recogido por el Código de Comercio en el Art. 5 que establece la supletoriedad de las normas comunes en el ámbito mercantil : “ En los casos que no estén especialmente resueltos por este código, se aplicarán las disposiciones de Código Civil.

Con esta introducción continuamos con nuestro estudio.

1.3.1. Características del contrato:

Analizaremos a continuación los diferentes caracteres que conforman la naturaleza jurídica del contrato de franquicia comercial y a los que denominamos esenciales.

1.3.1.1 Consensual.

De forma que se considera que el acuerdo está perfeccionado cuando ambas partes manifiesten su consentimiento en forma expresa es cuando la oferta y la aceptación se hayan encontrado de acuerdo a las teorías más aceptadas de la teoría civilista.¹¹

Tal momento en la franquicia será efectivo a la firma del documento que contenga las estipulaciones que conforman la totalidad de los acuerdos o convenciones a que las partes hayan llegado. Sin embargo al no exigirse formalidad alguna en relación a la instrumentación el contrato será no formal.

Es por tanto no formal como consecuencia de su atipicidad, no hay norma específica que imponga el cumplimiento de solemnidades para la celebración de los contratos de distribución, pero a pesar de este carácter, existen normas tipificadas en nuestra legislación de carácter general que imponen condiciones para la celebración de contratos mercantiles

1.3.1.2 Contrato Mercantil .-

Lo primero que debemos hacer es averiguar como podemos saber a que rama del derecho pertenece el contrato de franquicia, al no estar tipificado en ningún cuerpo legal?. Por lo tanto debemos analizarlo con las leyes vigentes (Código Civil, Código de Comercio) y con criterio jurídico.

Para que un contrato tenga un carácter mercantil existen 2 teorías según la doctrina jurisprudencial:

Teoría subjetiva.- esta teoría establece que la naturaleza mercantil de un contrato proviene de que los actos y operaciones que realizan los comerciantes. Por lo tanto el carácter mercantil proviene de que uno o ambos sujetos del contrato sean comerciantes para así estar sujetos al Código de Comercio. Esta teoría se ve reflejada en el mismo Código de Comercio en su artículo primero que señala: *“El código de comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles.....”*

La teoría objetiva.- Esta teoría señala que el carácter mercantil de un acto o de un contrato se deriva de su debido señalamiento en la ley vigente, sin importar la calidad de los sujetos que realicen estos actos o contratos. Esta teoría también refleja en el Código de Comercio Vigente en la continuación del artículo primero que señala *“El código de comercio rige..... y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.”*

Pero como se establece el carácter mercantil y por lo tanto la sujeción al Código de Comercio en los contratos atípicos y sobre todo en el contrato de franquicia?

Siguiendo la primera teoría vemos que los sujetos del contrato de franquicia por lo general son compañías que ceden su marca (s), nombre comercial, logo (s), conocimiento tecnología, know how, etc a una persona ya sea natural o jurídica que se encarga de comercializar el producto o servicio de la misma forma que lo hace la compañía en su lugar de origen. Al ser una compañía la que realiza un contrato de franquicia, está directamente regulada por el Código de Comercio, como lo señala

Cuando una franquicia comercial es adoptada por una persona natural esta por lo general es una persona que hace del comercio su profesión habitual, lo cual lo convierte en un comerciante y por lo tanto se debe regir por el Código de Comercio.

Pero esto no es la verdadera razón de la naturaleza mercantil de este contrato, veamos este ejemplo para demostrar el punto en sí.

Un Estudio Jurídico de gran renombre en el Ecuador acepta la propuesta de que se franquicie su nombre comercial, logo, método de trabajo, profesionalismo, etc por otro abogado o conjunto de abogados, en otra región geográfica como en un país vecino.

De acuerdo a las teorías planteadas ¿como se ve la naturaleza mercantil del contrato? Las partes no tienen calidad de comerciantes y el contrato de franquicia en sí no está regulado por el Código de Comercio.

Por lo tanto al no estar inmersa ni en la primera ni segunda teoría. Entonces una vez mas, que le da al contrato de franquicia el sentido mercantil?.

Para esto nos debemos remitir al fin último del contrato de franquicia, que tratan de conseguir las partes con la firma del contrato?. Las partes lo que buscan conseguir es un beneficio económico para las mismas, lo que se traduce en ánimo de lucro.

El ánimo de lucro constituye en si la diferencia entre los contratos mercantiles y civiles, ya que todo contrato mercantil tiene un animo de lucro mientras los contratos civiles carecen en su mayor parte de esta característica.

1.3.1.3. Bilateral.-

El contrato de franquicia es un contrato bilateral sinalagmático, pues ambas partes contratantes se obligan recíprocamente (Art.1482 C. Civil).Una parte (franquiciante) cede el uso de su marca, nombre, signo distintivo, o cede información acerca de las técnicas de realización o comercialización de productos o servicios, con asistencia regular por el tiempo que permanezca vigente el

contrato. El franquiciado por su parte se obliga seguir las directrices del franquiciante y a remunerar al mismo por el uso de la marca, etc.

1.3.1.4. Oneroso.-

El contrato de franquicia es oneroso, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro Art. 1483. C. Civil.

Efectivamente en la franquicia ambas partes procurarán obtener un rédito económico y lucrar con las contraprestaciones mutuamente adeudadas.

1.3.1.5. Conmutativo.-

Al momento de celebrarse el contrato las partes conocen sobre las ventajas y desventajas del contrato, así como los deberes y obligaciones que cada una debe cumplir, ya que las ventajas derivadas son ciertas y susceptibles de apreciación inmediata, sin quedar sujeta a eventualidad ninguna Art. 1484.

1.3.1.6. Principal.-

Es contrato principal por la simple razón que subsiste sin necesitar de ninguna otra convención. Art. 1485 del Código Civil.

Además de las características que podemos deducir de acuerdo a los distintos tipos de contratos que se enuncia el Código Civil, encontramos otras características mas que son:

1.3.1.7. Contrato Atípico.-

Para entender correctamente lo que esta característica debemos definir primeramente qué es un contrato típico y qué es un contrato atípico.

Los contratos típicos son aquellos contratos que se encuentran determinados y especificados en la ley, y por lo tanto existe una disciplina normativa que impone formalidades y regula la celebración del contrato, Según Arce Gargollo *“la regulación del contrato típico supone, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, a los efectos que el contrato produce entre las partes y, en su caso, a la existencia de normas supletorias de voluntad de los contratantes.”*¹²

Los contratos atípicos por su parte como lo establece el Dr. Carlos Serrano pueden ser correctamente definidos como aquellos que a pesar de que no se encuentran regulados por la ley, la costumbre mercantil y la necesidad de diversos requerimientos los ha ido estructurando de conformidad con la necesidad de las partes contratantes. Los intereses comerciales y contractuales de las partes van creando nuevas formas de contratación mercantil, las que no se encuentran reguladas en forma específica dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Por lo tanto el contrato de franquicia en nuestro país constituye un contrato atípico que carece de una norma o ley específica que regule este sistema comercial. A estos contratos atípicos acostumbra llamarlos innominados para establecer la diferencia con los típicos no solo nominados sino regulados como se ha explicado.

Pero a pesar de la atipicidad del contrato, la legislación ecuatoriana tanto civil como mercantil impone ciertas características a todos los contratos a celebrarse, sean o no tipificados, estas características las mencionaremos mas adelante dentro de nuestro estudio.

¹² ARCE GARGOLLO, Jaime. “El contrato de franquicia,” Themis, México, 1995 pagina 30

1.3.1.8. Tracto Sucesivo .-

En este tipo de contrato las prestaciones a cargo de ambas partes son de carácter continuo, pues las obligaciones que se crean del mismo son de carácter periódico mientras se encuentra en vigencia el contrato.

La relación de asistencia y su contraparte que es el control tendrán lugar durante toda la vigencia del contrato. La autorización que confiere el franquiciante al franquiciado se prolonga durante toda la duración del plazo contractual, implicará la continuidad dentro de la ejecución del contrato de muchos de sus elementos, como royalties, suministro de mercadería, etc.

1.3.1.9. De Cooperación.-

Donde las prestaciones recíprocas que se adeudan las partes no necesariamente se orienta hacia intereses excluyentes, sino que la satisfacción de cada parte va conjugada con el de la otra en objetivos entrelazados.

El franquiciante y el franquiciado constituyen empresas autónomas, cada una contratará por si misma, pero subsistirá un interés común, que es conseguir el éxito en la distribución del producto o el servicio objeto de la franquicia. En efecto a la empresa franquiciante le interesa lucrar con el desarrollo de sus sistemas de franquicias. A la franquiciada le interesa montar un negocio de acuerdo a un plan negocial probado que le garantice de alguna manera una rentabilidad razonable y la seguridad de su inversión. Para que ambas cumplan sus objetivos necesitan un punto de unión., en este punto de unión tienen que cooperar, allí sus objetivos se funden, se unen y nace la cooperación.

Nos parece interesante en este punto citar un criterio de clasificación de los contratos mercantiles desarrollado por el catedrático español Rodrigo Uria, quien clasifica los contratos mercantiles de la siguiente forma:¹³

a) **Contratos de Cambio.-**

Procuran la circulación de la riqueza (bienes y servicios) ya sea dando un bien por otro (compraventa, permuta, cesión de crédito, suministro, operaciones bursátiles), ya sea dando un bien a cambio de un *hacer* o servicio (transporte y los contratos de obra por empresa en general)

b) **Contratos de colaboración.**

En los que una parte coopera con su actividad al mejor desarrollo de la actividad económica de otra (contratos de comisión, mediación, agencia, concesión, publicidad, edición, asistencia técnica, leasing, factoring, franchising)

c) **Contratos de prevención de riesgo.** En los que una parte cubre a otra las consecuencias económicas de un determinado riesgo (seguro)

d) **Contratos de conservación o custodia** (el depósito)

e) **Contratos de crédito.**

En los que una de las partes confiere crédito a la otra (préstamo, cuenta corriente y los contratos bancarios en general)

¹³ URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Vigésimo Cuarta Edición. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1997 Madrid. Pág. 646

f) **Contratos de garantía.**

Dirigidos a asegurar el cumplimiento de obligaciones de un contrato principal. (prenda, fianza e hipoteca, ésta última en el campo civil.

En suma concluimos que el contrato de franquicia en cuanto a sus características esenciales es un contrato consensual, no formal, bilateral sinalagmático, de carácter oneroso, y de tracto sucesivo; por su objeto será considerado de cooperación, y al no estar regulado es atípico. Es obviamente un contrato mercantil.

1.3.2. Características No esenciales.

Pero adicionalmente a estos caracteres fundamentales del contrato, es necesario además analizar otros que pese a no ser de carácter definitorio o esencial del contrato, son de alta habitualidad y recurrencia[Estos son los de *intuitu personae*, de adhesión y uniformidad. Los desarrollamos a continuación:

1.3.2.1 Contrato Personal (*Intuitu Personae*).-

La persona de uno o de ambos contratantes son elementos esenciales del contrato. Para la celebración del contrato se toma especialmente en cuenta la calidad de los contratantes.

Encontramos diferencias al respecto en los distintos autores analizados, así para algunos el carácter de *Intuitu Personae* de la franquicia es un elemento esencial de la misma, en cambio para otros doctrinarios, entre los cuales se cuenta Kleidemarcher no todo contrato de franquicia será siempre *Intuitu Personae* en efecto modernamente se observan complejos empresariales que se franquician de

alta trascendencia económica, en que ambas empresas franquiciante y franquiciada, tienen vasta estructura y compleja conformación societaria. En estos casos la doctrina calificada ha entendido que se transforma la naturaleza original del contrato de *intuitu personae* en el *intuitu instrumenti*. En efecto el franquiciante y no será necesariamente un comerciante individual personalizado sino que podrá ser una verdadera organización empresarial, de la misma forma el franquiciado, podrá no ser un franquiciado individual, sino una verdadera organización al efecto de desarrollar la franquicia en un territorio determinado. En estas condiciones resulta difícil que el franquiciado sea designado *intuitu personae* dentro de lo que tradicionalmente se considera como tal. Las partes podrán contractualmente fijar los caracteres del *intuitu personae*, fijando como ejemplo que la empresa franquiciada no podrá realizar transferencias que impliquen cambios en la propiedad societaria, o modificar la estructura del directorio, o desarrollar acuerdos que modifiquen la estructura de control societario.¹⁴

Si el contrato entre personas jurídicas no cuenta con algunas de estas cláusulas fijativas de las condiciones en las cuales el contrato llegará a tener un carácter personalista, no podrá considerarse *intuitu personae*. Estas cláusulas normalmente se orientan a establecer personas individuales con las cuales el franquiciante pretende continuar la relación contractual.

Por ello no puede atribuirse el carácter de *intuitu personae* a este contrato en forma indiscriminada. Por otra parte, la empresa franquiciada no queda limitada para la cesión del contrato (salvo que se haya establecido contractualmente) peor aún para variar su estructura accionaría, transferir la tecnología y el know how vender la empresa, etc.

¹⁴ No puede dejar de señalarse que algunas de estas prohibiciones para el franquiciado, que conducen a fijar las condiciones en que una sociedad o persona jurídica llegara a tener carácter personalizado, podrían llegar a ser estimadas nulas como por ejemplo la limitante a la libre negociación de las acciones.

En síntesis se puede concluir que el carácter personalista no es esencial al contrato de franquicia, aunque se admite que un alto porcentaje de tales contratos tienen el carácter de *intuitu personae* respecto del franquiciado, no así en lo que respecta a la empresa franquiciante, y en algunos casos de alta complejidad técnica y envergadura económica tampoco tiene este carácter con respecto al franquiciado, que podrá ser una persona jurídica compleja .

Cabe advertir que en estos casos muchos franquiciantes exigen que quienes tengan a su cargo la franquicia dentro de una compañía franquiciada sea una única persona natural , personalmente comprometida con el éxito del negocio por una participación en las ganancias, y que se centre en ella todo lo referente a la franquicia. El franquiciante se entenderá con esta persona, y se hará una referencia a esta situación en el contrato. En estas condiciones el contrato tendría las características de *intuitu personae*.

1.3.2.2 Comúnmente de Adhesión.-

Normalmente el franquiciante atento a mantener la unidad de criterios e identidad de la franquicia dentro de un sistema único, realiza un contrato tipo con condiciones generales de contratación que se incluyen normalmente en el manual de operaciones o manual operativo y conforma un núcleo contractual de oferta al cual los aspirantes a franquiciados se adherirán o no. Esta modalidad responde a una tendencia generalizada que tiene que ver con la transformación económica y la producción en masa de los bienes.

El franquiciante ofrecerá determinado esquema y espíritu contractual y el franquiciado tendrá la libertad de aceptarlo o no, si lo acepta será difícil la discusión de las cláusulas contractuales que lo integran salvo asuntos de detalle sin trascendencia para la ejecución del contrato en si.

La práctica mercantil a nivel internacional nos muestra que el franquiciante por lo general elabora unilateralmente el contrato, dispone de un contrato tipo, dejando al franquiciado solo en la posibilidad de aceptar las condiciones si es que tiene la intención de celebrar el contrato. Pero cabe señalar pero puede celebrarse también con libre discusión entre las partes, aún cuando esta modalidad es bastante difícil que se dé por la necesidad de uniformidad que requiere el sistema de franquicias y analizaremos a continuación.

1.3.2.3. Uniformidad

Es un carácter generalizado del contrato de franquicia aun cuando no esencial, como se explicará. Esta uniformidad se traduce en la necesidad de mantener una identidad absoluta en todos los niveles de la franquicia.

Es la uniformidad del producto y el control de su calidad y características de distribución el que constituye un distintivo de los establecimientos franquiciado.. Sin embargo en ciertos casos, el tema arquitectónico, y la imagen física del establecimiento franquiciado responde a un prototipo impuesto por el franquiciante y en otros casos no existe esta imposición, se dejan a criterio y libertad del franquiciado atento consideraciones de orden económico, o por gustos o tendencias del lugar donde se va a establecer el local franquiciado.

Por ello, si bien la uniformidad es un carácter generalizado de los sistemas de franquicias, no es esencial. Hay muchos contratos de franquicias que establecen pautas específicas y concretas dentro del plan negocial, pero que no implican absoluta uniformidad de todas las unidades de franquicia que integran la red.

1.3.4. Contenidos del Contrato de Franquicia.

Por último consideramos preciso señalar que un contrato de franquicia comercial debe por lo menos contener para los siguientes puntos :

a) Un preámbulo y objeto del contrato

En que se establecerán las marcas de referencias e interpretativas del contrato, asumiendo su integración en un sistema de franquicia y explicando en que consiste la franquicia.

b) Identificación precisa de las partes

c) Reconocimiento expreso de los derechos de propiedad industrial del franquiciante (marca y demás elementos distintivos del negocio).

d) Licencia de uso de las marcas y elementos distintivos, los límites al uso y las sanciones por excederse de los límites fijados. Se establecerán claramente las marcas, diseños, logos, procedimientos y/o métodos secretos que serán cedidos, el know how transferido etc.

e) Obligaciones y derechos del franquiciante, entre las obligaciones podemos citar:

- Asistencia previa a la apertura del negocio franquiciado.
- Transmitir todas las claves del Paln Negocial
- Entregar al franquiciado un Manual de Operaciones
- Entrenamiento y capacitación permanente del franquiciado.
- Aprovisionar al franquiciado de los elementos comprometidos.
- Programar e invertir en campañas de publicidad.
- Defender y controlar las cuestiones de marca, licencias, etc.

Sus derechos fundamentalmente serán:

- El cobro de los royalties u otras retribuciones acordadas.
- El respeto por parte del franquiciado de la exclusividad de compra de los elementos de la franquicia cuando se hubiere acordado.

-

f) Obligaciones y derechos del franquiciado, entre las obligaciones podemos citar:

-Los pagos que deba hacer el franquiciado al franquiciante.

-La obligación de aplicar los métodos, normas e instalaciones diseñados por el franquiciante.

-La obligación del franquiciado de informar al franquiciante de la gestión y trayectoria de las ventas, así como de permitir la supervisión y control por parte del franquiciante de la totalidad del negocio.

- Aceptar el control del franquiciante

- Defender la excelencia de la marca.

Sus derechos básicamente serán:

- Asistencia permanente del franquiciante

- Ser incluido en los beneficios de las campañas publicitarias

g) La asignación de un territorio exclusivo determinado para la explotación de la franquicia. Es una cláusula usual e implica la

prohibición para el franquiciante de extender por sí o por terceros otra franquicia dentro de la región geográfica determinada.

h) Plazo de vigencia del contrato, renovación.

Es prudente que el contrato prevea un plazo de duración en forma expresa, plazo que deberá ser lo suficientemente extenso para permitir la recuperación de las inversiones que presupone una franquicia.

En muchos contratos se prevé la renovación automática de la franquicia, salvo ejercicio de preaviso con un tiempo prudente de anticipación.

i) Causas de resolución del contrato, así como las penalidades por incumplimiento.

j) Garantías de cumplimiento que debe otorgar el franquiciado.

k) Mecanismos de solución de controversias. En este aspecto, nuestra recomendación es la utilización del arbitraje comercial como mecanismo idóneo para solución de las controversias que puedan presentarse entre los franquiciantes y los franquiciados.

1.4.- TIPOS DE FRANQUICIAS

La doctrina señala que existen varios tipos de clasificaciones sobre las franquicias, la primera clasificación es la clasificación tradicional la cual es seguida por la mayoría de autores y vemos que se divide en las siguientes

1. Franquicia de producto y marca de distribución (product and trade mark franchising)

2. Franquicia para crear y explotar una negociación, también conocida como industrial o de producción. (business format franchising)

1. **Franquicia de producto y marca de distribución (product and trade mark franchising) o de primera generación.**

Este tipo de franquicia se manifiesta cuando el comerciante (franquiciado) adquiere cierta identidad con carácter de exclusividad, de su proveedor (franquiciante). Así este último cede el uso de su marca, signo distintivo, para la utilización y explotación por parte del franquiciado.

Ejemplos comunes de este tipo de franquicia son: estaciones de gasolina, tiendas de ropa, industrias embotelladoras, distribuidores de automóviles. Se los conoce como de primera generación en virtud de la poca información, y conocimiento que el franquiciante le otorga al franquiciado ya que como en el ejemplo de las gasolineras solo cede la marca y señala un estándar de cómo debe ser la estación de gasolina. Siendo de igual manera, a los concesionarios de vehículos, embotelladoras, etc.

2. **Franquicia para crear y explotar una negociación, también conocida como industrial o de producción. (business format franchising) o de Segunda generación.**

Se lo conoce comúnmente como franquicia con formato de negocio o de segunda generación y en EEUU como “package franchising”

Esta forma de franquicia es mucho mas completa y la relación entre las partes contractuales incluye por lo general un producto o servicio y una

marca, pero además incluye un sistema de comercialización, manuales de operación, procedimientos, programas de entrenamiento, apoyo de publicidad, asistencia y guía del franquiciante durante tenga vigencia el contrato.

Las franquicias mas comunes en este tipo son las de comida rápidas, como locales de hamburguesas, pizzas, etc. Pero también es común encontrar en agencia de renta de vehículos, agencias de viajes, hoteles, etc.

La diferencia con las franquicias de primera generación, es que esta última proporciona un sistema integral para llevar a cabo la empresa, así vemos que además de sus marcas, conocimientos etc. impone especificaciones para la construcción o adaptación del local, los parámetros y requisitos en la selección del personal, en la publicidad, promoción del producto como del negocio y en general la forma en que se deberá manejar la empresa siguiendo siempre las directrices del franquiciante.

Hay que señalar que en este tipo de franquicia las partes contractuales trabajan juntos para alcanzar un objetivo común por lo general mucho mas alto de los que se busca con las franquicias de primera generación. Pero como desventaja limita al franquiciado y no permite que desarrolle sus propias técnicas de comercialización y distribución del producto.

El jurista Osvaldo J Mazorati en la obra citada, por su parte señala que las franquicias deben clasificarse en dos tipos:

Propias

Impropias

Franquicias Propias.-

Las franquicias propias son aquellas franquicias de empresa, que constituyen la duplicación y desarrollo de un negocio

Franquicias impropias.-

Son aquellas franquicias de producto o de distribución, son asimilables a formas de distribución comercial, ya sea en distribución comercial en sentido propio, o incluso como concesión comercial.

Además en la actualidad comercial, empresarial, se ha desarrollado otra clasificación que tiene un carácter mas práctico:

Franquicia de producción:

Es aquella en la que el franquiciante es el fabricante, o hace fabricar, en exclusiva los artículos que comercializa en sus establecimientos franquiciados y el propietario de la marca.

Franquicia de distribución:

En el cual el franquiciante actúa como intermediario en las compras y selecciona productos que son fabricados por otras empresas, los distribuye a través de sus puntos de venta franquiciados en condiciones más favorables, obteniendo con ello una ventaja competitiva.

Franquicia de servicios:

Victor Manuel Cevallos señala que esta modalidad de franquicia se caracteriza por que puede prestar los mismos servicios el franquiciado que el franquiciante por el pago de un canon.¹⁵

El franquiciante ofrece al franquiciado una fórmula original, personal o diferente de prestación de cualquier tipo de servicio a través de un método específico que ha demostrado su eficacia en cuanto a aceptación, explotación y rentabilidad.

Franquicia industrial:

Aquella en la que el franquiciante cede a sus franquiciados la tecnología y materias primas necesarias para fabricar un determinado producto y posteriormente venderlo en el mercado. Este tipo de franquicias está basado en la importancia y conocimiento de la marca, por lo que es esencial para el franquiciante tener la propiedad industrial de dicha marca.

Franquicia master:

Consiste en explotar una franquicia de un país de origen hacia otro, a través de la presencia de un Master Franquiciado, al que el franquiciante original vende los derechos de su franquicia para que la desarrolle en el país de destino.

El Master Franquiciado es el gestor y responsable del desarrollo y representación del franquiciador de forma exclusiva en su país y será el

¹⁵ CEVALLOS VASQUEZ, Victor Manuel. “Manual de Derecho Mercantil” Eitorial Jurídica del Ecuador.. 3ra. Edic.

encargado de seleccionar a los franquiciados y adaptar el negocio a las características específicas del país en el que se desarrolle.

Franquicia Corner:

Es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, en el que existe un espacio franquiciado, que no es la totalidad del local; y en este espacio se venden los productos y se prestan los servicios del franquiciante, según los métodos y las especificaciones del mismo bajo una marca.

1.5. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS CONTRACTUALES.

El contrato de franquicia al ser contrato atípico y por ende, no abordado ni explicado por nuestra legislación, puede llevar a confusiones con otros tipos de contratos. ya estén o no tipificados en la ley como la comisión mercantil, el contrato de distribución, engineering, etc.

Al criterio de algunos doctrinarios, entre los cuales se cuenta Kleidermacher, la franquicia constituye un tipo de contrato de distribución

Por lo tanto vamos a explicar los contratos afines con el contrato de franquicia y señalar las características que los diferencian

1.5.1. Contrato de Comisión Mercantil.-

Nuestro Código de Comercio no define el contrato de comisión, pero si señala quién debe considerarse comisionista.

“Comisionista es el que ejerce actos de comercio, en su propio nombre, por cuenta de un comitente.” Por su parte el Art. 377 del mismo cuerpo legal establece *“Que si el negocio encomendado se hiciera bajo el nombre del comitente, los derechos y la obligación que produce se determinarán por las disposiciones del código Civil sobre el contrato de mandato”* Pero con la salvedad de que el mandato mercantil no es gratuito por naturaleza.

Podemos concluir que el comisionista vendría hacer un mandatario mercantil.

Varios jurista han explicado este punto, y recogemos el criterio del tratadista Oscar Vázquez del Mercado en el cual establece que la comisión *“es un contrato por el cual una parte encarga a la otra, la conclusión de uno o mas negocios por su cuenta de naturaleza mercantil; el comisionista representa al comitente puesto que actúa en su interés, de manera que los efectos que realiza recaen en el patrimonio del comitente”*¹⁶

Dentro del contrato del franquicia no se otorga contrato alguno de mandato entre las partes y por ende los actos realizados por el franquiciado no recaerán sobre el franquiciante a diferencia de lo que ocurriría en un contrato de mandato común.¹⁷

1.5.2. Contrato de distribución.

Este es otro contrato atípico en nuestra legislación así que para definirlo debemos recurrir a la doctrina mercantil. Para el tratadista Ghersi

¹⁶ Citado por TORRES DE LA ROSA, Alexandra. “El contrato de franquicia en el derecho mexicano” Edit. Porrúa. Mexico. Año 2.000

¹⁷ Con las reservas del caso a la luz del marco de defensa de los derechos del consumidor introduce la Ley del Consumidor, cuyos alcances y efectos analizaremos en otra sección de esta tesis.

“ .. la producción de bienes y servicios en serie, y a gran escala, surgida a partir de la Revolución Industrial, trajo consigo la aparición de la gran empresa y determinó, consecuentemente, la desvinculación entre el productor o fabricante de los bienes y servicios, y el consumidor, relación que anteriormente se proyectaba en forma directa, en virtud de la producción artesanal”¹⁸

El contrato de distribución tiene por objeto entonces regular las relaciones entre los grandes productores o fabricantes y las personas que se encargan de comercializar sus productos en los diferentes mercados. En este contrato el productor de bienes utiliza a comerciantes independientes que compran sus productos para introducirlos en una plaza determinada y como característica propia de este contrato bajo las condiciones de reventa impuestas por el propio productor.

Para Ghersi este es un contrato atípico, de naturaleza mercantil, en virtud del cual en nombre propio se promueve la introducción en el mercado de una demarcación territorial, de un producto manufacturado por otro, mediante un sistema de reventas o cesiones de uso, previamente planificadas en cuanto a la unidad de precio, tiempo determinado y con exclusión de la competencia a cargo de uno solo de los contratantes o de ambos.

Recogemos el concepto de Contrato de Distribución del tratadista Arce Gargollo en el cual señala

“ El contrato de Distribución define como aquel por el cual el distribuidor se obliga a adquirir, comercializar y revender a nombre y por cuenta propia, los productos del fabricante o productor en los términos y

¹⁸ GHERSI, Carlos Alberto. “ Contratos Civiles y Comerciales”. Edit. Astrea. Tomo 2 Argentina 1999 Pág. 102.

*condiciones de reventa que este le señale; así mismo, podrá imponerle responsabilidad sobre la organización del negocio.”*¹⁹

De este concepto podemos deducir tres diferencias importantes.

1) El contrato de distribución se refiere, generalmente, a la fase de la producción consistente en la realización de varios actos realizados por el propio productor (también pueden ser terceros intermediarios) que tienen por finalidad llevar un producto o un servicio desde su fuente de origen hasta el consumidor. No transforma, produce o modifica el producto, solo lo comercializa. En la franquicia en tanto, el derecho de revender un producto o a explotar el negocio involucra la prestación de un servicio, además que el franquiciado la mayoría de las veces elabora y vende el producto en cuestión, bajo el control de calidad especificado por el franquiciante y la marca de éste último.

2) También vemos que el contrato de distribución es propio de la relación productor - revendedor, mientras que para el contrato de franquicia es indiferente la fuente productora; lo que interesa, principalmente, es que el producto o servicio de que se trata se expenda por un canal estandarizado y bajo una fórmula comercial de recíproca cooperación y asistencia entre los contratantes.

3) En el contrato de distribución el distribuidor adquiere el producto ya terminado con el fin último de la reventa, en el contrato de franquicia el fin no es revender un producto sino que generalmente mediante tecnología, marca, control de calidad cedida por el franquiciante elabora el franquiciado un producto de igual calidad, o produce el servicio que brinda el franquiciante.

¹⁹ ARCE GARGOLLO J . El Contrato de Franquicia, Themis,Mexico 1995

Si comparamos estas características propias del contrato de distribución con el de franquicia, advertimos que este último es bastante más complejo que el de distribución. Abarca la franquicia cuestiones tan complejas como son la transferencia de know how, tecnología, obligaciones post contractuales como son las de reserva y secreto sobre procesos y métodos industriales, que no encontramos dentro del contrato de distribución.

Por otro lado como se ha dejado señalado el contrato de distribución opera solo en el campo de la fabricación y venta o distribución de productos, mientras que la franquicia no solo actúa en ese ámbito, sino en el de prestación de servicios a través de la explotación de un negocio a través de un método uniforme desarrollado por el franquiciante.

Las similitudes en cambio vienen dadas por el hecho de que tanto en la franquicia como en la distribución se imponen condiciones y términos para la comercialización de los productos o explotación de la empresa, así como en las obligaciones impuestas al franquiciado y menor medida al distribuidor sobre la organización del negocio.

No podemos dejar de señalar que en el campo doctrinario algunos estudiosos como Kleidermacher consideran que el sistema de franquicia, al igual que el contrato de agencia, el de concesión, el de distribución propiamente dicha, el de management, constituyen diferentes modalidades del contrato de distribución.²⁰

Otra parte de la doctrina no acepta que el contrato de franquicia sea unívocamente un contrato de distribución, y refuerza este criterio el hecho de que el tipo de franquicia licenciante – productor como en el caso de Coca Cola y otras compañías de gaseosas, o en franquicias de producción textil, la distribución en si

²⁰ KLEIDERMACHER Jaime, Franchisin: Aspectos Económicos y Jurídicos. Edit. Abelardo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires. Pag. 115 y siguientes.

no juega un rol fundamental, ya que lo que se otorga es la autorización para producir estos productos bajo esa marca.

Por nuestra parte nos sumamos al segundo de los criterios expuestos, ya que a través del detenido análisis que se realiza de la figura de la franquicia, encontramos que esta tiene como se ha indicado particularidades que la diferencian de lo que constituye el contrato de distribución, pudiendo esta última figura formar parte de las facultades que el franquiciante obtiene por la explotación comercial de la marca, pero no lo estimamos consustancial a la figura de la franquicia.

Por lo tanto podemos concluir que el contrato de franquicia es por naturaleza distinto al de distribución mercantil, sin desconocer su gran similitud en el sentido de que ambos imponen condiciones para la comercialización de productos y para el manejo del negocio.

1.5.3. Contrato de Concesión

Al decir del tratadista *Marzorati* “*La concesión constituye un contrato y un concepto nuevo procedente del campo administrativo, ligado a un privilegio de reventa exclusiva de productos a favor de un comerciante independiente, en virtud del cual el concesionario para asegurar su lucro debe reasignar parte de su autonomía jurídica, subordinando o integrando su actividad económica a los recaudos que con carácter uniforme para la red de distribución le requiere la concedente.*”²¹

Lo mismo ocurre en la legislación ecuatoriana en que el término concesión mercantil se inspira en el concepto de concesión administrativa, aunque

²¹ MARZORATTI, Oswaldo. *Sistemas de Distribución Comercial*. Edit. Astrea 1995. Buenos Aires. Pág. 110

contemporáneamente cada uno de ellos tiene sus particularidades propias y bien definidas.

El contrato de concesión supone la explotación de un servicio que es concedido por alguien que lo tiene a su cargo o desea prestarlo, para que el concesionario lo comercialice en el mercado por cuenta y riesgo propio.

La figura de la concesión y la distribución están estrechamente ligadas entre si. Destacando algunos autores que por lo general la concesión tratan de artículos de mayor envergadura, por lo que se involucra una mayor trascendencia económica en los contratos de concesión que en los de distribución.²²

Son aplicables para establecer las diferencias entre la concesión y la franquicia las tres diferencias que ya hemos establecido con respecto al contrato de distribución.

1.5.4. Contrato de licencia comercial o cesión de uso de patente.-

Se da en el caso que una persona dueña de una patente de invención o de un marca (licenciante) autoriza a otra, generalmente de distinta nacionalidad (licenciataria), para que la use y registre en su ámbito geográfico en forma exclusiva, pero sin desprenderse de su propiedad.

Por lo tanto en el contrato de licencia se otorga una marca para su uso y explotación, al igual que en el contrato de franquicia, pero el contrato de franquicia se diferencia por que además del uso de una marca conlleva otros elementos que son indispensables para el éxito de la misma. Como son la transferencia de tecnología, el apoyo logístico y operativo, los insumos, en algunos casos hasta financiamiento para la instalación de la franquicia, asistencia

²² KLEIDERMACHER Jaime. Aspectos Económicos y Jurídicos. 2da. Edic. Actualizada. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina pág. 120

continua antes y durante la vigencia del contrato a diferencia del contrato de licencia o de patente. En sentido estricto licencia de marca en suma viene a ser un elemento más dentro del contrato de franquicia, un elemento esencial pero que debe sumarse a muchos otros para constituir una franquicia. Si solo de la explotación de una marca se trata, estaremos frente a licencia de marcas, pero no franquicia por las razones explicadas..²³

1.5.5. Contrato de suministro.-

Es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de un precio, a ejecutar a favor de otra una prestación periódica o continuada de una cosa. (código civil italiano) En este contrato se busca el abastecimiento continuo de una cosa o conjunto de cosas a cambio de una contraprestación, por el tiempo que dure el contrato.

Como se puede ver dentro de este contrato no existe una licencia de uso de la marca o un servicio determinado o una asistencia técnica que imponga un nivel de calidad determinado, por ende concluimos que es un contrato diferente al de franquicia.

1.5.6. Contrato de Agencia

La doctrina realiza comparaciones entre el contrato de franquicia en análisis y este llamado de Agencia. .²⁴

²³ NOTA: Definición de marca y de licencia de marca que exista en Ley de propiedad Industrial

²⁴ Cabe indicar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano en el campo mercantil, recogido en su mayor parte en el Código de Comercio, no menciona ni reconoce el contrato de Agencia, a no ser que extendamos su sentido a los llamados Agentes de Comercio o Corredores de Comercio en la sección 2da. Del Título II del Código de Comercio, criterio que no compartimos por cuanto la figura del corredor público o privado, tiene caracteres y regulaciones específicas, que no permiten asimilarlo al llamado Agente. Cabe señalar que legislaciones como la

En doctrina se conoce como agencia al contrato por medio del cual una persona llamada “agente” actúa a nombre o por cuenta del principal, para así fomentar la venta de sus bienes y servicios. En la franquicia el franquiciado opera como lo haría conforme lo anterior, un agente del franquiciante, por cuanto emplea la marca, el nombre comercial etc. Sin embargo, hay una evidente diferenciación: el franquiciado actúa a su propio nombre, no por cuenta del franquiciante, como lo haría en caso de ser un Agente.

Una franquicia no es entonces lo mismo que una agencia donde los empresarios de una cierta localidad, son representantes locales de grandes y distantes empresas. En la franquicia, los franquiciados son los propios dueños de sus negocios, ellos toman decisiones dentro del rango que tienen, y asumen por cuenta propia el riesgo inherente a todo negocio, sufren las pérdidas o gozan de las ganancias. Son comerciantes independientes del franquiciante.

1.5.7. Contrato de Ingeniería (Engineering).-

Este contrato se basa en un conjunto de operaciones previas o concomitantes a la realización de una obra y que son, sin embargo, separables de la ejecución propiamente tal de dicha obra. Así una compañía proporciona a otra estudios técnicos, de alto nivel sobre una cuestión específica como estudios de suelo, estudios ambientales, sociales etc. que sirven a la compañía contratante para beneficiarse de estos estudios a cambio de una prestación, para la realización de una obra, o una instalación industrial.

Como el tratadista Uria señala el apareamiento de este tipo de empresarios que brinda a otros una serie de servicios, que van desde simples estudios técnicos de organización empresarial, régimen de mercados, productividad, promoción,

española, la colombiana, la mexicana entre otras contemplan el contrato de agencia entre los contratos mercantiles

planificación de actividades industriales y/o mercantiles, obedece a la creciente racionalidad de los sectores industriales y el auge de los planes de desarrollo económico. Este tipo de contratos, complejos por lo demás, pueden asimilarse al arrendamiento de servicios cuando de un *consulting engineering* se trata.

Se puede ver que poco o nada tiene que ver este contrato comparándolo con el contrato de franquicia comercial ya que el primero se maneja en un campo industrial mientras que el contrato de franquicia como se hecho mención anteriormente forma parte de la campo comercial.

Luego de revisar estos contratos afines al contrato de franquicia podemos decir manera de conclusión que la característica principal que diferencia este contrato de franquicia comercial con otros tipos de contratos atípicos es “ la naturaleza de las prestaciones que engendra para las partes” por un lado tenemos el franquiciante que cede al franquiciado el uso de su marca y, por otro lado, a suministrarle los medios necesarios para comercializar los productos o los servicios convenidos.

Pero es importante señalar que a pesar de que el contrato de franquicia comercial es por su propia naturaleza distinto a los demás contratos atípicos vistos en esta tesis, no obsta para que en la práctica el contrato de franquicia comercial puede subsistir en conjunto con otros contratos atípicos,

Ejemplo

Una empresa Transnacional firma un contrato de franquicia comercial con una compañía en el Ecuador, pero previo a la instalación de una planta de distribución del producto se firma un contrato de engineering para el estudio de la construcción de dicha planta y luego de firmado el contrato de franquicia se firma otro contrato pero de suministro en el cual se establece que la materia prima la cual será modificada, convertida en el producto final y distribuido el producto

terminado en el Ecuador debe ser suministrado de forma periódica por la empresa Transnacional.

1.6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL SISTEMA DE FRANQUICIAS

1.6.1 Ventajas para el Franquiciante

- a) El sistema de Franchising o franquicia permite un crecimiento y expansión rápida y controlada.-**

En este sentido el contrato de franquicia presenta mayores beneficios para el posible franquiciante, porque le da la posibilidad de establecer una cadena de distribución a través de comerciantes independientes a lo largo de un territorio. Al existir una diversidad de negocios vendiendo su producto o servicio, al mismo tiempo que penetra en un amplio nivel de mercado, obtiene la posibilidad de conquistar nuevos puntos de venta.

- b) Minimiza riesgos a partir de una menor inversión de capital**

Esta es una de las principales ventajas para el franquiciante pues le da la posibilidad de establecer una cadena de distribución cuando tal vez, financieramente no está capacitado para hacerlo en forma individual.

El ahorro de gastos en infraestructura permite al franquiciante concentrar sus capitales en otros conceptos, tales como buscar nuevos franquicados, realizar investigación en de productos y mercados, sistemas de venta, publicidad, etc.

c) Valorización de los Activos o marcas

Al franquiciarse una cadena o producto el mercado crece y que nuevos consumidores o clientes conocen las características tanto del producto o servicio como también de la marca y nombre comercial con el cual se comercializa, así vemos que cada franquiciado la marca crece en valor exponencialmente por el aprovechamiento del mercado hasta la fecha no trabajado .

1.6.2. Desventajas del contrato de franquicia para el franquiciante.

a) Rentabilidad unitaria mas baja.

Al existir un local franquiciado el franquiciante se ve limitado a recibir solo las regalías pactadas sea cual sea el monto, tendrá una rentabilidad inferior por cada local al que tendría si el franquiciante manejara el establecimiento.

b) *Dispersión y relativización del control y dominio*

De cualquier forma, al franquiciar un producto o servicio, el franquiciante tendrá un determinado control sobre la administración de la franquicia, pero no tiene un control total sobre la misma ya que para ejecutar ciertas políticas administrativas como aumento o disminución de personal, publicidad, etc, deberá contar obligatoriamente con el franquiciado.

1.6.3. Ventajas para el franquiciado

a) Pertenecer a una cadena de comercialización prestigiosa y conocida en el mercado y en el consumidor.

Bajo el sistema de franchising o franquicia comercial las empresas pequeñas aprovechan todos los beneficios que acarrea la titularidad de una marca que goza prestigio y notoriedad ante el público y de la experiencia y apoyo del franquiciante.

Si se trata de una cadena grande o consolidada en el mercado, al sumar su fuerza a otra que es ya poderosa, aumenta su tamaño y disminuye aun mas sus riesgos del aislamiento.

El franquiciado se integra a esta cadena dirigida por el franquiciante el cual por lo general tiene un gran nivel financiero, una organización actualizada y eficiente y, además, una posición determinante en el mercado.

El franquiciado también aprovecha la marca de la cadena comercial para atraer al consumidor, ya que este último se siente relacionado con la marca y finalmente adquiere el producto, es por esto que el franquiciado aprovecha un mercado y establecido y simplemente satisface la necesidad del consumidor con el producto que este último ya conoce.

b) No necesita una gran inversión para obtener utilidades.

Si bien el costo de la obtención de la franquicia por lo general es alto, el franquiciado se beneficia con un ahorro que experimenta al contar con apoyo y dirección del franquiciante.

El franquiciante otorga al franquiciado entre otras cosas, los datos sobre los cuales va a implementar su establecimiento, ya que de esta forma conoce la estructura del establecimiento, métodos de promoción y ventas a

usar, las cantidades de dinero que tiene que invertir en edificaciones, bienes de equipo personal, etc.

En ciertos casos específicos el franquiciado puede carecer de los medios necesarios para iniciar la explotación de la franquicia, en tal situación, el franquiciante puede interceder para ayudarlo a obtener créditos financieros, e incluso puede llegar a desembolsar las sumas requeridas.

Por otra parte el franquiciante evita un excesivo gasto en publicidad ya que se ve resguardada por la marca del franquiciante la cual por lo general ya es conocida en el mercado

De esta forma el franquiciante centra sus esfuerzos en producir y comercializar el bien o servicio de la franquicia, de esta forma generando mas rápidamente ingresos que son para pagar las regalías pertinentes, recuperar la inversión hecha y por último recoger sus utilidades.

c) Entrenamiento inicial y permanente

El franquiciado además se ve beneficiado ya adquiere inmediatamente un entrenamiento inicial de como llevar adecuadamente el negocio franquiciado y además recibe entrenamiento permanente de actualización, así el franquiciado adquiere nuevos métodos de producción, y comercialización creando una ventaja comercial frente a los competidores.

1.6.4.- Desventajas de franquiciado

a) A pesar de formar parte de un sistema de franquicia comercial, nunca accederá a una marca propia.

El franquiciado como ya lo hemos visto adquiere el derecho de uso de la marca franquiciada y aprovecha todas las cualidades de la misma, pero de esta forma el franquiciado no se hace de una marca propia, lo cual a la larga recae en perjuicio sobre el franquiciado si se lo compara con un emprendedor que inicia un negocio o establecimiento propio ya que tiene su propia marca y clientela la cual no depende de un tercero como es el caso del franquiciante dentro del contrato de franquicia.

b) Deberá aceptar una supervisión y control permanentes del franquiciante.

El franquiciante vera limitada su autogestión y administración en desmedro del control y supervisión por parte del franquiciante

Si bien el franquiciado tiene el derecho de administrar su establecimiento, se ve limitado ya que obligatoriamente deberá seguir las directrices del franquiciante, así como acceder a los controles ya sean contables, higiénicas, comerciales, montos de venta, personal, etc.

c) El contrato de franquicia siempre se ve limitado por un plazo de duración.

El franquiciado ve limitado el tiempo de explotación de la franquicia por el propio contrato, que aunque si bien puede ser renovado reiteradamente, tarde o temprano deberá salir del sistema de comercialización y por lo tanto terminan todos los beneficios adquiridos hasta la fecha de terminación del contrato

1.6.5 Ventajas para los Consumidores

1. Conseguir los mismos productos en cualquier parte del mundo

Posibilidad de abastecerse en una diversidad de puntos geográficos de productos o servicios que conoce de antemano, con la certeza de que lo que reciba se ajustará a los cánones de calidad esperados.

2. Abaratamiento de los productos

El consumidor aumenta su poder de consumo, por cuanto este sistema de comercialización resulta en menores costos de operatividad en relación a los tradicionales.

3. Calidad de los productos y servicios.

En áreas subdesarrolladas donde las empresas tienen escasa capacidad financiera y tecnológica, el franchising permite obviar esa limitación, y mediante la combinación de la pequeña y la gran empresa, poner a disposición del consumidor productos y servicios actualizados y de la mayor calidad bajo cánones internacionales.

1.7. CONCEPTUALIZACION

Es necesario señalar que muchos autores se niegan a dar una definición del concepto de franquicia por cuanto a lo largo del tiempo han sido tantas las variantes de franquicias que se han dado que por más comprensiva en sus alcances, como la que hemos intentado, puede dar cuenta de todos los casos.

Por ello autores como Fells describen a la franquicia como una industria de negocios, lo cual nos parece demasiado amplio y por lo mismo sin contenido. Más adecuado que intentar una definición propia del contrato, nos parece reseñar aquí las descripciones de esta figura que contemplan algunas regulaciones

norteamericanas sobre la franquicia, y que intentan dar cuenta de sus principales características.

Así la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos en una regulación específica de la franquicia, “*Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*” intenta abarcar diferentes tipos de negocios a los que considera franquicia, no intentando un concepto abstracto, sino ejemplificando los diferentes casos que puedan darse.²⁵

Primera Alternativa:

1.- Una persona (de aquí en adelante el franquiciado) ofrece, vende, o distribuye mercaderías, productos o servicios que son:

- a) Identificados por una marca comercial, de servicios, un nombre comercial, una publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designa a otra persona (de aquí en adelante el franquiciante).
- b) Directa o indirectamente compelidos a responder por los estándares de calidad exigidos por el franquiciante, donde el franquiciante opera bajo un nombre, usando la marca comercial de servicios un nombre comercial, una publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designe al franquiciante.
- c) El franquiciante ejercerá o tendrá la autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método operativo del franquiciado, incluyendo, pero no limitándose a la organización del negocio, actividades promocionales, decisiones gerenciales, plan de comercialización, cuestiones comerciales, o

²⁵ Se puede encontrar en la obra citada de KLEIDERMACHER Jaime. Pág 99 y siguientes.

- d) El franquiciante ofrece significativa asistencia al franquiciado en los últimos métodos operativos del franquiciante, incluyendo, pero no limitándose a a la organización del negocio, actividades promocionales, decisiones gerenciales, plan de comercialización, cuestiones comerciales, teniendo en cuenta, sin embargo que en ausencia de asistencia en otras áreas, la sola asistencia en las actividades promocionales no constituirá significativa asistencia.

Segunda Alternativa.

1) Una persona (de aquí en adelante el franquiciado) ofrece, vende, o distribuye mercaderías, productos o servicios que son:

- a) Provisos por otra persona, (de aquí en adelante el franquiciante)
- b) Provisos por una tercera persona con quien el franquiciado debe hacer negocios sugeridos por otra persona (el franquiciante) quien está vinculado o asociado con esta tercera persona, y.

2) El franquiciante

- a) Asegura al franquiciado la provisión para la venta de tales bienes, servicios o productos, o
- b) Asegura al franquiciado lugares o sitios para la instalación de la maquinaria necesaria, displays colgantes, o cualquier otro exhibidor de venta usado por el franquiciado en la oferta venta, o distribución de dichas mercaderías, productos o servicios.

3) El franquiciado está obligado como condición para obtener o comenzar la operación de franquicia a realizar un pago, un compromiso de pago, al franquiciante o a una persona involucrada con el franquiciante.

Pero ni siquiera a través de la descripción se puede dar cuenta de todas las variantes que pueden producirse dentro de la figura de la franquicia, tenemos así que el concepto anterior por ejemplo no considera a las franquicias fraccionadas parcialidades dentro de un negocio o franquicias corner

Una vez analizadas las características, definiciones y comparaciones con otro tipo de contratos afines podemos intentar al fin un concepto propio sobre el contrato de franquicia, con las limitaciones que han quedado ya expuestas.

En nuestro criterio la franquicia es un contrato mercantil en el cual una parte llamada franquiciante cede el uso de su marca(s), nombre(s) comercial(es), know how, conocimiento, experiencia tecnología, y asistencia técnica a otra parte llamada franquiciado para su uso exclusivo en una zona geográfica y delimitada (ya sea país, ciudad, región, etc.) a cambio de una contraprestación que se debe establecer en el mismo contrato. Esta forma contractual tiene la salvedad que el franquiciante tiene el derecho de imponer todo lo concerniente a la forma de administración del negocio, así como exigir el nivel de calidad del producto o servicio que realizará el franquiciado

1.8.- Negocios Franquiciables.

Para una adecuada sistematización de la lista de opciones de franchising hoy optativas en el mundo, hemos creído prudente dividir las alternativas en dos grandes géneros, ya se trate de una franquicia de productos, o una franquicia de servicios, haciendo la salvedad de que muchas veces algunas variantes se conjugan en ejemplos únicos que las abarcan. Veamos cuales son ellos:

1.8.1. Franquicia de productos:

1. Alimentación y restaurantes, en sus distintas variedades:
 - 1.1 Galletas.
 - 1.2 Pollos brosterizados.
 - 1.3. Comidas rápidas.
 - 1.4 Menús completos.
 - 1.5 Unidades móviles.
 - 1.6 Tortas y masas.
2. Productos químicos y de mantenimiento.
3. Cosmética, artículos de belleza, etc.
4. Maquinas expendedoras.
5. Galerías de arte.
6. Tienda de repuestos de automóviles y motocicletas.
7. Bazares.
8. Equipos y material de oficina.
9. Papeles pintados.
10. Pesticidas, insecticidas.
11. Heladerías.
12. Tiendas de ropa y accesorios:
 - Ropa confeccionada.
 - Sastrerías de caballeros.
 - Ropa deportiva.
- 13 Joyerías y relojerías.
- 14 .Tienda de regalos.
15. Juegos y equipos de video.
16. Alquiler de películas de video.
17. Tiendas de Discos
18. Alquiler y leasing de automóviles y motocicletas
19. Alquiler y leasing de equipos telefónicos.
20. Alquiler y leasing de equipos de computación (hard y software)

21. Zapaterías.
22. Supermercados.

1.8.2. Franquicias de servicios

1. Talleres mecánicos para automáticos
2. Lavaderos de automóviles.
3. Salones de belleza.
4. Empresas constructoras.
5. Servicios de consultoría y otros a empresas
6. Campamentos y áreas de recreo.
7. Servicios de ventas por marketing, directo y/u otras vías publicitarias.
8. Servicios de limpieza, saneamiento y mantenimiento.
9. Servicio domésticos.
10. Oficinas de empleo y contrataciones temporales
11. Espectáculos y diversiones
12. Servicios de salud
13. Acondicionamiento y mejora en las viviendas
14. Servicios y suministros para la industria
15. Cuidados de césped y del jardín.
16. Hoteles y Moteles
17. Servicios de enfermería
18. Servicios de impresión, duplicado y fotocopiado
19. Sistema de seguridad
20. Servicios educativos:
 - Escuelas
 - Academias y laboratorios de idiomas
 - Jardín de infantes
 - Educación diferencial
 - Academias deportivas
21. Tintorerías y limpieza en seco

22. Reparación de calzado
23. Lavanderías de autoservicio
24. Sistema de télex y fax.
25. Sistemas de televisión
26. Agencias de viajes
27. Reparación de plásticos y vinílicos.
28. Sistemas de tratamiento y acondicionamiento de aguas.

CAPITULO II

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIAS

2.1. SUJETOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Dentro del contrato de franquicia y como ya se lo ha mencionado anteriormente, encontramos dos sujetos principales que son jurídica y financieramente independientes uno del otro, que son el franquiciante y el franquiciado, pero además no puede desconocerse que este contrato repercute directamente sobre una tercera persona que es el consumidor final del producto o del servicio franquiciado. De alguna manera el contrato también podría incidir en otros sujetos franquiciados pertenecientes al sistema de franquicias.

2.1.1 Franquiciante.

También conocido como franchisor o franquiciador, el cual permite al franquiciado comercializar el producto o servicio bajo el nombre y marca de su propiedad a cambio de una contraprestación.

Muchos autores señalan que efectivamente el franquiciante viene a ser la parte mas fuerte de la relación contractual por que generalmente es éste el que impone las condiciones a los posibles candidatos a franquiciados. Además el franquiciante presenta un formato uniforme, que por lo general es un contrato de adhesión el cual tiene un margen muy pequeño de negociación, sujeta a las disposiciones del franquiciante.

El franquiciante tiene el derecho a inspeccionar, supervisar y conocer en detalle la operación y desarrollo de la explotación del negocio franquiciado. Este derecho además suele ser muy amplio e incluye inspeccionar y supervisar el

establecimiento, así como controlar, revisar y verificar que el franquiciado cumpla con los requerimientos que se exigen para el buen manejo del negocio franquiciado, como también el correcto manejo de las finanzas, publicidad, contratación laboral calidad del producto, etc.

A tal punto llega el franquiciante en la relación contractual que incluso puede delegar las funciones de control y verificación a un tercero, que puede nombrar técnicos o profesionales especialistas en determinadas áreas de la operación del negocio como por ejemplo en el área de contabilidad, auditoria, etc.

2.1. 2. Franquiciado

El franquiciado también conocido como franchisee, o franquiciatario es la parte contractual a la cual es cedida la marca y nombre comercial para que a través de ésta represente al franquiciante y comercialice de la misma manera que lo hace este último el producto o servicio pactado en el contrato, a cambio de dar una contraprestación preestablecida en el contrato.

Así como gran parte de la doctrina señala que el franquiciante es el sujeto mas fuerte en la relación, el franquiciado viene a ser el sujeto mas débil de la misma, ya que por lo general (salvo algunos casos) el contrato de franquicia es un contrato comúnmente de adhesión en el que puede ver limitados algunos de sus derechos, e igualmente debe aceptar y aplicar toda orden o recomendación que haga el franquiciante, dejando así una administración muy limitada del negocio franquiciado.

2.1.3. Consumidor.-

Si bien el consumidor no es una de las partes del contrato de franquicia, éste se convierte en la motivación principal del franquiciado para firmar el contrato.

Efectivamente el franquiciado busca en una franquicia una marca en especial por que el consumidor final se siente atraído por dicha marca, ya sea por el producto, su calidad, higiene, individualidad, originalidad, etc.

El franquiciado por lo tanto busca el soporte de dicha marca para aprovechar el mercado o posible mercado existente. Es por esta razón que el franquiciante exige que el franquiciado realice un servicio o comercialice el producto franquiciado de la misma manera que el franquiciante, así el consumidor seguirá identificado con la marca al recibir el producto con la misma calidad, cantidad, presentación, etc, que espera.

2.1.4 Otros franquiciados pertenecientes al sistema de franquicia.

Estos podrían verse afectados por el contrato en la medida que establezca condiciones diferentes y mas favorable que las que mantienen con el franquiciante, tales como royalties más bajos, superposición de territorios, y otras disposiciones que podrían afectar sus derechos. Por este motivo los contratos de franquicias tienden a ser contratos tipos y uniformes.

2.2.- CONTRATOS VINCULADOS

Anteriormente dentro de esta investigación hemos distinguido el contrato de franquicia de otros con los que podría confundirse por rasgos que los asemejan, algunos de estos y otros contratos en muchos casos se verifican como contratos

autónomos dentro de la práctica comercial. En algunos tipos de franquicias estos contratos quedan incluidos o subsumidos dentro de la franquicia. Es la franquicia un contrato complejo, y esta complejidad implica que en ocasiones dentro de un sistema de franquicia, se pueda distinguir dentro del acuerdo global la existencia de ciertos tipos de figuras contractuales que están involucradas dentro de la franquicia. Como son por ejemplo el contrato de licencia de marca, el contrato de transferencia de tecnología, el contrato de suministro..

En este punto del estudio revisaremos entonces estos contratos afines al de franquicia que por sus características afines similares pueden subsistir dentro de un contrato de franquicia comercial.

2.2.1 Contrato de Licencia de Marca:

Por la propia naturaleza de ambos contratos podemos concluir que en general inmerso en todo contrato de franquicia se encuentra un contrato de licencia de marca.²⁶

Oswaldo Marzorati en la obra citada analiza los contenidos que necesariamente debe llevar un contrato de licencia.

- ❖ La presentación de las partes, la licenciante (que otorga la licencia) y la licenciataria (que recibe autorización para el uso de la marca)
- ❖ Una parte de definiciones en la que se establece:

²⁶ Se entiende por marca de conformidad con la Ley de Propiedad Intelectual, Art. 194. “cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.”

Que se entiende por productos, en define que significará para dichos contratos, y luego suele aclarar *“fabricados mediante los métodos o procesos que utilicen o contengan invenciones o mejoras, patentadas o sin patentar, que sean de propiedad del licenciante, hayan sido licenciadas por la licenciante o sean controladas por la licenciante”*

- ❖ Se establece el territorio, el plazo de la licencia.
- ❖ Define que se entiende por precio. Este se llama royalty o regalía y puede presentar diferentes formas:

- 1) Una suma global;
- 2) Porcentaje sobre ventas netas;
- 3) Porcentaje sobre ventas brutas, y
- 4) Tasa específica sobre cada ítem (manufacturado) etc.

Un punto importante es la cláusula por la cual se establecen regalías mínimas independientemente de la venta efectiva, y cuya falta de pago por parte del licenciatarario, ocasiona la terminación del contrato.

La cláusula en que establece la concesión de la licencia consta por lo general de tres ítems.

1.- En principio del derecho exclusivo y no transferible de fabricar productos (otorgado a la licencia) en determinado territorio, “empleando métodos y procesos para la fabricación de los mismos que utilicen o contengan cualquier invención o mejora patentada o sin patentar que sea de propiedad o controlada por la licenciante”. Generalmente se establecen

además en este punto limitaciones para el otorgamiento de licencias o sublicencias a terceros, para lo que requiere previa autorización escrita de la licenciante.

2. En segundo lugar, el derecho exclusivo e intransferible de usar los nombres comerciales y las marcas en relación a determinados productos y en determinados territorios.

- ❖ Estipulaciones relativas a las marcas y patentes en general y al procedimiento en caso de infracción, al personal y la asistencia técnica, al monto de los pagos, a si estos son o no libres de impuestos aplicables al territorio del licenciataro, a los efectos de la terminación, a la ley aplicable y su jurisdicción etc.

En si la marca o signos distintivos que distinguen al sistema de franquicia en su comunicación con el mercado y el consumidor final, es lo que individualiza y distingue a la cadena franquiciada. El público o consumidor identifica la marca franquiciada con un determinado producto y calidad por lo tanto como ya lo hemos visto, es una obligación del franquiciante velar por la protección de su marca, por las inscripciones en los distintos países donde se encuentre la cadena franquiciada.. Por otra parte el franquiciado debe velar por el correcto uso de la marca o signos distintivos en la zona de jurisdicción del contrato y defender al franquiciante en su representación cuando se produzca alguna violación a los derechos que emergen del contrato

La licencia de uso de marca es uno de los elementos del contrato de franquicia como lo señala Enrique y Rodrigo González Calvillo:

“la franquicia es un sistema o método de negocios en donde una parte denominada franquiciante, le otorga a la otra, denominada

franquiciatario, la licencia para el uso de su marca y/o nombre comercial, así como sus conocimientos y experiencias (know how), para la efectiva y consistente operación de negocios.

En la franquicia encontramos que la licencia o concesión para el uso y explotación de un nombre comercial y/o marca no es mas que uno de los objetos del acuerdo. En efecto, la franquicia, además de otorgarle la licencia para el uso y explotación no exclusiva de su marca o nombre comercial, el franquiciante le transmite al franquiciado una gama de conocimientos y experiencias que le permiten a esta último llevar a cabo la operación eficaz del negocio franquiciado.”²⁷

Por ello la autora Alejandra Torres de la Rosa concluye diciendo que :

El contrato de franquicia mas que un contrato “típico” de perfiles concretos y definidos , es un amplio marco jurídico obligacional que abarca elementos peculiares de varios contratos que unidos entre si tienen el objeto común de la colaboración empresarial y la distribución comercial de productos. “²⁸

2.2.2 Contrato de transferencia de tecnología, “know how”.-

El Know proviene de la elipse de “to know how to do it”, hay varias definiciones de know how de las cuales destacan:

El tratadista argentino-Le Pera, citado por Marzorati, propone que know how “²⁹

²⁷ GONZALEZ CALVILLO, E, González Calvillo R, Franquicias, México, Pág. 23

²⁸ TORRES DE LA ROSA, Alejandra. “El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano” Pág. 43

²⁹ LE PERA, Sergio, Cuestiones de Derecho Comercial Moderno Argentina 1979 citado por Osvaldo Marzorati Derecho de los Negocios Internacionales

Es aquel conjunto de información instrucciones, consejos y asesoramientos que pueden ser proporcionado de persona a persona, frente a situaciones concretas y con el objeto de asegurar la correcta ejecución de una técnica o proceso”.

Leopoldo Housay,

“Un contrato de know how es aquel por el cual una parte se obliga a hacer gozar a la otra, mediante una corriente continua de información, de los conocimientos fórmulas, pericia, especial habilidad técnica necesaria, para obtener un producto logrado como fruto de un proceso de estudio de investigación y experiencia y que constituye un secreto.”³⁰

Para Ovaldo Marzorati la transmisión de know how es:

“La revelación, a cambio de un precio, de conocimientos no patentados susceptibles de aplicación industrial y constituye el grueso de los contratos de transferencia.”³¹

Este mismo autor en otra de sus obras concluye señalando:

“que el beneficiario está facultado a utilizar de la otra parte la información necesaria sobre un proceso industrial específico, pero no interviene en su aplicación ni garantiza su resultado.”³²

³⁰ HOUSSAY, Leopoldo J “ *La Licencia del Know How: Un contrato internacional de transferencia de tecnología*” 1989

³¹ MARZORATI, Osvaldo. “*Derecho de los Negocios Internacionales.*” Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1993 Pág. 496

³² MARZORATI, Osvaldo. “*Derecho de los negocios internacionales*” .” Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1993 Pág. 454 .

Para explicar este punto es importante establecer las diferencias entre la transferencia de tecnología en si, de la transferencia del know how que son figuras diferentes, a pesar de que en muchas ocasiones se tiende a confundirlas. Dependerá del sentido que se asigne al término know how:

a) Hay quien comprende como la transmisión del know how que es consustancial a la franquicia, únicamente a la transferencia de la tecnología. La transferencia de tecnología dentro del contrato de franquicia se entiende como transferencia que hace el franquiciante al franquiciado de insumos tecnológicos y paralelamente la transferencia de conocimientos necesarios para utilizar la tecnología en transferencia.

Desde este punto de vista no siempre en un contrato de franquicia se puede observar una transferencia de tecnología, no se encuentra en las franquicias de servicios donde priman los procedimientos propios del servicio, a diferencia de la franquicia comercial de productos donde es común observar las transferencias tecnológicas.

b) En cambio si entendemos a la transferencia del know how, en un sentido mas amplio entendemos como transferencia de know how, como saber hacer, como los procedimientos propios del franquiciante ya sean en la elaboración, comercialización o prestación de servicios que es la base del contrato de franquicia y por lo tanto el franquiciante no solo transfiere el know how sino que exige que el franquiciado lo respete y lo use en la misma forma como le fue transferido. En este caso si es correcto aseverar que todo contrato de franquicia conlleva inmerso un contrato de transferencia de know how.³³

³³ El autor citado Osvaldo MARZORATI define a la tecnología como el conjunto de los conocimientos aplicados para la producción y comercialización de bienes y servicios. Este concepto incluye solo las técnicas que vayan encaminadas a este objetivo económico: producir o vender más (cantidad) y mejor (calidad) Op. Cit. Pág. 496

En la práctica vemos que normalmente se verifican en los contratos de franquicia en todo el mundo una o mas cláusulas respecto a la necesidad de mantener en secreto permanente aquellas particularidades o procedimientos del objeto de la franquicia. Y así no solo el secreto deberá ser mantenido durante la vigencia del contrato, sino que esta obligación se exige incluso a la terminación o conclusión del contrato por cualquier causa que fuere, imponiéndose multas en caso de transgresión.

2.2.3 Contrato de suministro.-

El contrato de suministro es aquel por el cual una de las partes asegura a la otra por un periodo de tiempo fijado en el contrato, la provisión continua de bienes y/o servicios que produce y/o brinda a un precio determinado sujeto a cambios que están establecidos en el mismo contrato.

Por lo tanto es común ver que dentro de un contrato de franquicia el franquiciante adquiere la responsabilidad de suministrar ya sea el mismo o a través de un tercero designado por el franquiciante los materiales necesarios para la explotación de la franquicia y constituye obligación del franquiciado aceptar y usar los materiales otorgados para la elaboración del producto de la franquicia. Que exista o no esta figura contractual dentro de un sistema de franquicia dependerá de si los productos serán producidos por el propio franquiciante o por otra persona designada por éste, en cuyo caso si existiría la figura del suministro como la hemos entendido aquí, o si dentro de las facultades que el franquiciante otorga al franquiciado se encuentra la de transferirle los secretos para la producción, de forma que será el propio franquiciado quien los produzca, en cuyo caso no encontraríamos la figura del suministro.

En el supuesto de que sea el franquiciante, por si mismo o por interpuesta persona quien realiza al franquiciado el suministro de los productos es importante revisar ¿Cual será la responsabilidad del franquiciante en caso de que no se cumpla con el suministro de los productos necesarios para la explotación de la franquicia?.

- En caso de interrumpirse la provisión de los suministros comprometidos por un tercero el franquiciante deberá reasumir por sí la obligación de proveer al franquiciado mientras designa un nuevo proveedor.
- Pero si es el mismo franquiciante el que está comprometido a suministrar al franquiciado los materiales necesarios e incumple repetidamente de forma que llega a afectar el giro del negocio del franquiciado este último puede exigir una indemnización por daños y perjuicios conjuntamente con la terminación anticipada del contrato.

En cualquiera de los dos supuestos analizados estimamos que el franquiciante tendrá responsabilidad total y plena siempre que sea quien se encargue del suministro, como que sea un tercero designado por él.

2.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES CONTRACTUALES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicias deberá contener de forma clara y precisa los derechos y obligaciones de los contratantes. En la mayoría de los casos el contrato de franquicia es un contrato de Semi-adhesión (contrato en el que a una de las partes son presentadas las opciones sin posibilidad de negociación, o si bien existe está bien limitada a algunos aspectos). En el caso que nos ocupa, existen aspectos dentro del contrato de franquicias que pueden ser discutidos (plazos, forma de pago, el pago) y existen otros aspectos que no son abiertos a discusión.

A través de este contrato se permite al Franquiciante, un crecimiento de su sistema, lo que permite el mejorar sus productos o servicios, optimizar la distribución de sus productos o servicios, lo que la final le permite afianzar la relación de su marca con el público.

Dependiendo del tipo de contrato de franquicia de que se trate (de servicios, de bienes inmuebles, de consumo, etc) varían las obligaciones de las partes contractuales. Es decir, no sería adecuado que existan los mismos derechos y obligaciones en un contrato de franquicia relativo a la prestación de uno o varios servicios en donde el franquiciante proporciona básicamente información y un sistema de trabajo al franquiciado, mientras que en uno de carácter comercial, el franquiciante entrega tecnología para que el franquiciado elabore el producto

Pero aún así se pueden establecer de forma general obligaciones así como derechos, tanto del franquiciante como del franquiciado.

2.3.1. Derechos del Franquiciante

El franquiciante tiene varios derechos dentro del contrato de franquicia, unos generales y también específicos de acuerdo al contrato, los derechos específicos se determinarán en cada contrato de acuerdo a la libertad contractual de las partes

Los derechos generales son:

a) Recibir una contraprestación:

El franquiciante tiene el derecho de percibir una contraprestación por permitir el uso de sus marcas, nombres comerciales, etc, franquiciados, esta contraprestación se fijará en el contrato y por lo general se paga

una cuota inicial y posteriormente se paga cuotas o cánones mensuales, anuales, etc.

b) El franquiciante tiene la facultad de seleccionar los proveedores.

En los contratos de franquicia comercial de bienes y productos, el franquiciante se puede obligar a suministrar las materias primas de la elaboración del producto a comercializarse, pero también tiene el derecho a elegir a un tercero para que realice esta función.

c) Controlar todo producto complementario que se venda en el local:

Si el franquiciado comercializa otro producto en el establecimiento franquiciado, el franquiciante debe primeramente autorizar su venta o distribución y posteriormente controlará que ese producto no perjudique de ninguna forma al establecimiento, imagen, nivel de ventas, etc y en su caso de encontrar algún inconveniente en la distribución de dicho producto, podrá solicitar el retiro del mismo.

d) Inspeccionar periódicamente el o los establecimientos:

Sin previo aviso, a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del franquiciado. Esta puede ser hecha por el mismo franquiciante o por un tercero designado por él

2.3.2.Obligaciones del franquiciante

a) Conceder la licencia de uso de marca (s) y signos distintivos:

El franquiciante debe conceder el uso de la marca, nombre comercial, emblemas o signos distintivos, los cuales permiten que los consumidores

se relacionen con el franquiciado de la misma forma en que lo hacen con el franquiciante. En muchas legislaciones se establece la obligatoriedad de esta concesión al ser un requisito esencial del contrato de franquicia, como lo establece en México La LPI en su artículo 142.

Cardelús señala que:

"el franquiciante, impone al franquiciatario el uso de su nombre y marca comercial, de modo que exactamente parece que sea un negocio del mismo". 34

La jurista Sonia Maldonado Calderón por su parte señala sobre el tema:

"Al usar en sus documentos, papeles, instalaciones, etc. los caracteres que distinguen al franquiciante ante el público, el franquiciado se convierte en titular de todo un prestigio y una fama ya conquistados, lo que redundará en el beneficio de su actividad." 35

b) Concesión para la explotación de patentes:

Según la doctora Alejandra Torres de la Rosa se puede definir a la patente:

"como la protección que otorga el Estado al autor de una invención para que éste pueda explotarla por sí o por medio de terceros autorizados".

La Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador en su artículo 120 señala:

34 CARDELUS I. GASSIOT, Luis. "El Contrato de Franchising". PPU, España 1988. Pág. 166

35 MALDONADO CALDERON Sonia , "Contrato de Franchising", Contrato de franquicia comercial Edit Jurídica de Chile. Pag. 35

“Se otorgará patente para toda invención, sea de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, tenga nivel inventivo y sea susceptible de aplicación industrial”

Para cumplir con la obligación antes mencionada, el franquiciante debe especificar las patentes registradas materia del contrato, los productos o procedimientos que ampara y proveer de la tecnología y transmisión de conocimientos al franquiciado para una eficaz explotación de las mismas.

c) Transferir el know how y la tecnología al franquiciado:

Esta obligación es de gran importancia para llevar a buen término el contrato de franquicia y debe estar referida a los conocimientos técnicos que se transfieren, para un eficaz desarrollo y explotación del negocio franquiciado. Dependiendo del contrato de franquicia esta exigencia puede ser tan compleja, amplia y general, que requiere detallarla en el contrato en sí o en manuales, libros, etc anexos del mismo.

La tecnología por el contrario constituye un bien intangible o incorpóreo que puede ser objeto de transferencia. La transmisión de conocimientos técnicos conocidos como know-how, como se puede ver es otro de los elementos de vital importancia del contrato de franquicia. Este concepto comprende invenciones, procesos, fórmulas o diseños, mecanismos de trabajo etc, que no están patentados o no son patentables, que se plasman a través de alguna forma física como dibujos, diseños o especificaciones que incluyen secretos comerciales y que comprenden generalmente la experiencia técnica acumulada y la habilidad práctica y que probablemente, solo pueda transmitirse por medio de servicios personales.

Según la autora citada Sonia Maldonado Calderón :

*“El franchistor debe poner en conocimiento del franchisee las técnicas o modalidades de acuerdo a las cuales debe operar su establecimiento. Estas en la mayoría de los casos coinciden con las de un negocio explotado por sí mismo, o bien, con las de un establecimiento modelo que ha ideado con el propósito de desarrollar a través del sistema del franchisings. Si tal idea está protegida por una patente industrial el franchistor puede ceder el uso de la misma al franchisee o, en el caso de no estar registrada, comunicársela a través del know how.”*³⁶

d) Proporcionar información sobre la franquicia así como de la compañía franquiciante:

Esta obligación proviene de la legislación de los Estados Unidos de América, la cual señala que toda persona natural o jurídica franquiciante debe dar a conocer toda la información tanto de la compañía como de la franquicia a los interesados y posibles candidatos franquiciados, haciendo públicos las características mas importantes de la franquicia.

Esta obligación se originó para poder determinar y reducir la posibilidad de fraudes por parte de supuestos franquiciantes que vendían a franquiciatarios de buena fe "franquicias fantasmas o inexistentes"

Esta obligación a sido aceptada a nivel mundial siendo recogida por varias legislaciones, así vemos como la Ley de Propiedad Intelectual de México promulgada en 1991, obliga en su artículo 65 a que cualquier oferta de franquicia deberá presentar previa celebración del contrato, la siguiente información:

³⁶ MALDONADO CALDERON Sonia , “Contrato de Franchising”, Contrato de franquicia comercial Edit Jurídica Chile Pag. 88.

I Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;

II.- Descripción de la Franquicia;

III.- Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, del franquiciante maestro en el negocio objeto de la Franquicia;

IV.- Derechos de propiedad intelectual que involucra la Franquicia;

V.- Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante;

VI.- Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;

VII.- Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la Franquicia;

VIII.- Derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;

IX.- Obligaciones del franquiciatario respecto de la información de tipo confidencial que le proporcione el franquiciante y;

X.- En general, las obligaciones y derechos del franquiciatario que deriven la celebración del contrato de Franquicia.

e) Carácter de Exclusividad:

La exclusividad es un elemento que normalmente se otorga en el contrato de franquicia, aunque como norma general no es indispensable para su ejecución si lo es cuando tal exclusividad se ha pactado en el contrato.

Algunos autores ven desde un punto de vista negativo este carácter de exclusividad, ya que ésta representa una limitación a la libertad contractual al imponer al franquiciante la obligación de no celebrar ningún contrato de franquicia comercial con personas distintas al franquiciado. Esta obligación por parte del franquiciante de otorgar y respetar cierta exclusividad al franquiciado, se basa en un territorio determinado, lo que supone un área de influencia y acción para el franquiciante. El franquiciado deberá de acuerdo al territorio pactado proyectar sus actividades comerciales. La exclusividad de acuerdo al territorio es muy variable y puede comprender desde un barrio o zona de una ciudad hasta un país entero, o incluso hasta una región. Al igual que las demás obligaciones la exclusividad está limitada por el plazo de duración del contrato.

También la doctrina ha clasificado los contratos de franquicias de acuerdo a la exclusividad del franquiciado para ejercer su derecho dentro de un espacio geográfico, encontramos así las siguientes variantes:

1. Franquicia individual.-

Se refiere a la franquicia que se otorga para un solo establecimiento específico, el cual tiene como lugar de exclusividad por lo general una zona determinada de una ciudad.

2. Franquicia Master.-

El franquiciado tiene el derecho exclusivo de abrir, operar y subfranquiciar un número limitado o ilimitado de establecimientos dentro de un territorio específico, que por lo general es una ciudad o provincia.

3. Contrato de área de desarrollo.-

En el mismo contrato de franquicia existe la cláusula, que establece que previa aceptación del franquiciante, el franquiciado puede abrir y operar un establecimiento franquiciado y, por una cuota adicional, puede abrir uno o mas establecimientos adicionales en la misma zona geográfica, y por lo general se establece un plazo futuro señalado en la misma cláusula.

4. Subfranquicia.-

Al igual que en el contrato de área de desarrollo, el franquiciado puede abrir y operar otros establecimientos pero se diferencia en que en vez de abrirlos personalmente puede subfranquiciar a terceras personas y el “franquiciado / subfranquiciante” controla y dirige a los establecimientos subfranquicados.

2.3.3 Derechos del franquiciado

El franquiciado tiene varios derechos producto de la celebración del contrato, entre los cuales se destacan:

1. Utilizar la marca, nombre comercial, logos, etc.

Este es uno de los derechos principales del franquiciado ya que mediante este derecho el franquiciado puede usar de la marca la imagen corporativa, nombre comercial y logos, del franquiciante, pero este derecho va mas allá por que además hace uso del modelo de negocio de la red de franquicias, este derecho lo tiene durante el tiempo estimado en el contrato.

b) Adquirir y usar el "know-how" del franquiciante

Este derecho igualmente permanece durante todo el tiempo de vigencia del contrato, y en caso de que el franquiciante desarrolle nuevos procedimientos, el franquiciado tiene el derecho a recibir una o varias actualizaciones sin costo adicional.

c) Asistencia preliminar e inicial para la puesta en marcha de su establecimiento.

Este apoyo inicial puede concretarse mediante la entrega de "manuales operativos o de funcionamiento" por parte del franquiciante, así como la selección del local más adecuado, las instalaciones, estudios de mercado y financiación.

d) Formación permanente.

El franquiciado tiene derecho a recibir asistencia permanentemente por parte del franquiciante, el cual deberá constar en el propio contrato de franquicia.

Esta asistencia se concreta en información personalizada, reuniones, circulares, visitas periódicas o asistencia "in situ". El objetivo es que el franquiciado en todo momento disponga de ayuda inmediata del

franquiciante.

e) Distribución y suministro.

El franquiciado tiene el acceso a todos los productos del franquiciante, ya consolidados ante el público, por lo que los tiempos de reposición de los productos deben estar claramente establecidos en el contrato y deben ser respetados a cabalidad, esto permite al franquiciado el cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato, de allí el especial cuidado que debe dar el franquiciante a este aspecto. Debe el franquiciante prestar toda y cualquier tipo de asistencia técnica, financiera, contable requerida por el franquiciado. Otorgando los derechos de uso de la propiedad intelectual e industrial del Franquiciante.

El franquiciado tiene derecho a que el franquiciante, le suministre, periódicamente y en el plazo establecido, los productos o servicios pactados. Es ya tarea del franquiciante negociar con los proveedores, con el fin de obtener la mejor relación calidad-precio y así beneficiar a sus franquiciados.

f) Exclusividad territorial.

El franquiciado se beneficiará de la exclusividad territorial que le conceda la franquicia. Con ello, se asegurará que no exista otro establecimiento de la misma enseña en la zona donde se ubique, la exclusividad puede ser de calles, zonas, barrios, ciudades, provincias, países regiones etc.

2.3.4. Obligaciones del Franquiciado.

a) Pagar una contraprestación.-

La obligación principal del franquiciado es el pago de una contraprestación, la cual es pactada ya en el contrato, la cual por lo general consiste en un pago inicial al momento de firmar el contrato y el pago de cánones periódicos durante el plazo de vigencia del mismo

Debemos entender que el pago de cuota inicial no es por la entrega de producto alguno, servicio o tecnología, sino que se basa en el privilegio de obtener el derecho de uso de la franquicia.

El pago periódico de cánones como contraprestación por la continua operación del establecimiento mercantil. también se lo asimila al pago por el uso de marcas, nombres, avisos comerciales y la explotación de patentes. Por lo general en el contrato se fija qué porcentaje sobre la base de regalías corresponde a cada uno de estos conceptos, o simplemente se fija una tasa o porcentaje global, por el monto total de estos conceptos.

El monto de la cuota inicial o de los pagos periódicos como se ha dicho ya, se fija en el contrato y el valor dependerá de muchos factores tanto de la oferta como de la demanda pero también hay otros factores que son:

-El valor del nombre de la franquicia dentro del mercado así como la reputación e imagen del negocio, capacidad para atraer clientes, etc.

- El valor y penetración de la marca

-La exclusividad de un territorio cuyo valor depende de su densidad demográfica y sus características mercado técnicas.

-Los costos inherente al servicio y apoyo a franquiciados como son: La captación y preparación del personal, entrega de documentos y materiales

tales como impresión del manual de operaciones, costos publicitarios, administrativos, contables, etc.

b) Usar las marcas.-

El franquiciado también tiene la obligación de usar las marcas franquiciante en todo momento y no puede bajo ningún motivo cambiar, modificar o adjuntar marca alguna que no sea del franquiciante.

c) Usar los nombres comerciales y explotar las patentes.-

Igual que con las marcas, el franquiciado tiene derecho a usar los nombres comerciales (y los avisos comerciales) así como explotar las patentes.

d) Cumplir con los requisitos de uso y aplicación de los conocimientos técnicos.-

El uso de la tecnología puesta a disposición del franquiciante se vuelve una obligación para el mismo y su aplicación en la explotación de la negociación. En el contrato el franquiciado se obliga a cumplir las instrucciones del franquiciante, las cuales pueden variar durante la vigencia del contrato.

e) Facilitar la información financiera, contable, técnica.

Prácticamente en la totalidad de los contratos actuales de franquicias comerciales, existe la obligación del franquiciado de informar al

franquiciante sobre el desarrollo de la franquicia en todos sus aspectos, ya sean de ventas costos, utilidades, productos vendidos, cantidad de stock, etc Esto tiene finalidades múltiples, como son: determinar las regalías periódicas, así como el determinar las necesidades del franquiciado la cuales el franquiciante pueda solucionar y facilite la asistencia técnica necesaria..

f) Cumplir con todas las especificaciones sobre la organización y buen funcionamiento del negocio.-

Esta obligación abarca muchos puntos, ya que el franquiciado mientras dure el contrato de franquicia deberá adaptarse y ajustarse en diferentes áreas de administración y organización, de acuerdo lo que dicte el franquiciante, algunas de estas adaptaciones pueden ser:

-El franquiciado deberá seguir y completar los programas de entrenamiento y capacitación.

-Utilizar los sistemas de contabilidad y los reportes financieros en la forma que señale el franquiciante;

-Deberá seguir la directivas del contratante para la selección del personal y someterlo a entrenamiento;

-Readecuar y renovar periódicamente el local y mantenerlo en determinadas condiciones, higiénicas si es el caso

-Adquirir del franquiciante, o de determinados proveedores cierta materia prima, equipo, partes, productos, servicios, y;

g) Mantener la confidencialidad.-

Actualmente en muchos casos el valor de la información y conocimiento es mucho mayor a la marca o nombre franquiciado, y por lo tanto el franquiciado debe por obligación mantener los secretos tecnológicos, comerciales o la confidencialidad no solo durante el tiempo de duración del contrato sino posteriormente al mismo.

Además esto no solo implica la no divulgación de dicha información a terceros sino, también la prohibición del uso del know how para otras aplicaciones que no sean en el desarrollo o beneficio de la franquicia en si.

h) Obligación de no vender o explotar productos ajenos a la franquicia .-

Para la doctora Alejandra Torres el franquiciado es:

“en un principio, un usuario exclusivo de la tecnología y solamente puede utilizarla para explotar un negocio en los términos que se contrató la franquicia”. 37 La obligación en si es comercializar productos y servicios que son materia exclusiva del contrato

i) Inscribir el contrato en el Ministerio de Comercio Exterior

37 TORRES DE LA ROSA, Alexandra “ El Contrato de Franquicia en Derecho Mexicano”, Edit Porrúa Mexico, 2000, Pág:36

Esta obligación se refiere a que todo contrato de transferencia de tecnología como de know how debe ser registrada en Dirección de Comercio Exterior.

2.4. FORMAS DE TERMINACION DEL CONTRATO

El contrato de franquicia puede terminar por cualquiera de las causas generales para la terminación de los contratos en general tales como: cumplimiento del plazo, el mutuo consentimiento de las partes contractuales, la muerte o incapacidad sobrevenida de uno de los contratantes, la quiebra de uno de los contratantes o la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes.

2.4.1 Causa normal

Así distinguimos como causa normal de terminación:

-El Cumplimiento del plazo del contrato.-

Una de las cláusulas del contrato de franquicia es el tiempo de duración del contrato, así como los mecanismos para su extensión o renovación.

Al cumplirse el plazo del contrato y de no aplicarse ningún mecanismo de extensión o renovación, la naturaleza jurídica del contrato se extingue y por lo tanto la relación contractual también.

Esta vendría a ser como lo denomina por Jaime Kleidermacher la forma normal o natural de poner término al contrato de franquicia. Y al ser este el caso, se debe proceder con el proceso de liquidación de stock,

devolución de mercadería (en caso de bienes no perecibles), así como los elementos distintivos de la franquicia.

Es interesante señalar que de acuerdo a la legislación mexicana se deben firmar los contratos de franquicia por un plazo mínimo de diez años y se debe incluir en ellos la cláusula de renovación automática. En nuestro país al no existir una norma regulatoria sobre el tema el franquiciado podría llegar ser afectado en sus intereses por ser la parte mas débil de la relación contractual y no gozar de protección alguna en el sentido anotado.

En todo caso al concluir la franquicia por terminación del plazo de duración del contrato no se requiere de ningún aviso previo, su terminación es automática con los efectos que luego se estudiarán.

2.4.2. Modos anormales de terminación:

2.4.2.1 Por el mutuo acuerdo de las partes contractuales

contrato por mutuo acuerdo, por así convenir a sus intereses, figura que se conoce como resiliación. Esta figura produce la extinción de las obligaciones hacia el futuro, no tiene efecto retroactivo

2.4.2.2 . Por preaviso del franquiciante o franquiciado.

Las partes pueden haber establecido en el contrato la facultad recíproca de interrumpir la vigencia del contrato antes de que transcurra el plazo acordado. En la práctica mercantil esta forma de dar por terminado un

negocio jurídico se suele condicionar al transcurso de un tiempo mínimo de vigencia de la franquicia. Este preaviso de una de las partes, debe sujetarse a formalidades y comunicarse por escrito a la otra luego de transcurrido un tiempo prudencial de explotación de la franquicia que en doctrina se estima no menor a un año.

2.4.2.3. Terminación anticipada por incumplimiento de las obligaciones contractuales por algunas de las partes. (Resolución del contrato)

El contrato de franquicia comercial contiene muchas obligaciones inherentes al contrato. El incumplimiento de una o varias obligaciones puede acarrear la terminación anticipada del contrato.

Algunos incumplimientos de obligaciones pueden ser: la suspensión en el pago de regalías, no guardar el secreto de los conocimientos adquiridos, violar la exclusividad, abrir y operar nuevos establecimientos sin la autorización del franquiciante etc.

El incumplimiento de tales obligaciones se acostumbra hacer figurar en el contrato como cláusulas resolutorias, es decir que permiten a la parte afectada por tal incumplimiento la parte interesada y cumplidora podrá optar por exigir la ejecución de la prestación debida más daños y perjuicios, o por la directa resolución del contrato. En este supuesto la resolución operará de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplida de manera formal su voluntad de resolver el contrato.

Esta forma de terminación del contrato tiene su asidero legal en el artículo 1532 de nuestro Código Civil el cual expresa:

“En los contratos bilaterales va en vuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento de contrato, con indemnización de perjuicios”

Así vemos que el incumplimiento de las obligaciones contractuales en nuestra legislación obliga al cumplimiento forzoso de dicha obligación o la resolución, en ambos casos se exige la indemnización por daños y perjuicios.

2.4.2.4. Muerte disolución o quiebra del franquiciado o franquiciante.

En primera instancia si el contrato ha sido otorgado con una persona física y atento a alguna cualidad especial de la misma se trata de un contrato intuitu personae, aún cuando no sea esa una característica esencial del contrato de franquicia.

Con este antecedente y en el caso de que algunas de las partes contractuales sea una persona natural y falleciere, o también en el caso de tratarse de una persona jurídica y ésta se disolviese, por lo general en el contrato de franquicia se acostumbra estipular que el contrato termina.

Pero en ambos casos tiene implicaciones distintas por lo tanto lo veremos de forma separada.

a) Muerte, disolución o quiebra del franquiciado.-

Si bien debe considerarse al contrato de franquicia como concluido al producirse la muerte o disolución del franquiciado, como explica el maestro Jaime Kleidermacher la franquicia es un bien patrimonial y por lo tanto dentro del contrato debiera prever una indemnización equitativa a la familia del franquiciado que tenga en cuenta el lucro cesante de la franquicia en cuestión.

En todo caso al ser un bien patrimonial y fallecer el franquiciado este bien como todos los demás deberá normarse de acuerdo al Libro Tercero de nuestro Código Civil “De la Sucesión por Causa de Muerte y de la Donaciones entre Vivos” debiendo iniciarse la institución de la sucesión y correspondientemente a esto nombrar prontamente un administrador judicial el cual administrará la franquicia operativa hasta su conclusión.

Sin embargo, también puede dar lugar a que puede establecerse la continuidad del contrato administrado por los herederos o que continúe la franquicia hasta revisar si es cedida a un tercero o re-comprada por el propio franquiciante.

Con relación a este punto vemos que en legislaciones avanzadas sobre el tema como es el caso de del estado de California (EEUU) se establece que a la muerte del franquiciado, el franquiciante no negará al cónyuge superviviente o a los herederos la oportunidad de participar como propietarios de la franquicia por un tiempo razonable, durante el cual

deberán satisfacer los requisitos o vender o traspasar la franquicia a una persona con las cualidades que exige el franquiciante.

En el caso de disolución o quiebra de la empresa franquiciada el franquiciante aceptará la cesión de la franquicia a un tercero o de lo contrario el contrato de franquicia se extingue. Con respecto a la quiebra debe anotarse que para que opere este procedimiento se requiere que un juez competente declare tal estado de anormalidad en el cumplimiento de las obligaciones.

b) Muerte, disolución o quiebra del franquiciante.

En el caso de disolución del franquiciante como persona jurídica la franquicia pasará a un tercero o se terminará de acuerdo a la forma de disolución de la misma como es el caso de una absorción y fusión o a su vez si es por disolución o quiebra.

En el caso de que sea una persona natural la franquicia pasará a sus sucesores quienes administrarán la franquicia. Pero puede darse el caso de que el manejo y/o control de la franquicia requiera un conocimiento especial que solo el causante tenía, en este caso se dará por concluido el contrato por causa de fuerza mayor. Y por la aplicación efectiva de las consecuencias de la característica *intuitu personae*.

2.4.3. Efectos de la terminación:

Debemos distinguir aquí si se trata de una terminación “normal”, esto es al cumplirse el plazo de vigencia del contrato o por el contrario si se trata de la ocurrencia de algunas de las situaciones que ponen término al mismo de un modo que hemos calificado como “anormal”

2.4.3.1 Con respecto a la terminación normal:

Los efectos de la terminación o no renovación de un contrato de franquicia puede dar lugar a una indemnización, aunque sobre esto, existen dos opiniones:

La primera de ellas señala que no sería justo que el franquiciado que ha integrado una red importante y otros beneficios para el franquiciante, no tenga derecho a una compensación por el servicio y beneficios entregados al franquiciante

La otra corriente de opinión, más jurídica y con base contractual, es que no hay derechos a indemnización por cumplimiento del plazo del contrato, en tanto que de producirse una terminación anticipada del contrato dependerá de la forma de terminación de cada caso.

El tratadista Arce Gargollo considera, acertadamente, que cuando el contrato de franquicia concluye por la llegada del plazo inicialmente pactado o de sus prórrogas, el franquiciado no tiene derecho a indemnización. Si la terminación es antes de que concluya el plazo originalmente pactado o sus renovaciones, habrá que determinar si hay causa justa del franquiciante para la terminación anticipada del contrato. En caso de que no haya mediado un incumplimiento del franquiciado, el franquiciante que sin una justa causa contractual o legal da por terminado el mismo antes del vencimiento del plazo debe una indemnización a su contraparte

2.4.3.2. Con respecto a la terminación “anormal”

Nos parece de mucha importancia analizar cuales serán los efectos legales cuando el contrato se termina en forma anticipada por incumplimiento de las obligaciones por una de las partes.

Del incumplimiento de las obligaciones contractuales, que puede dar lugar a la resolución, se origina además la indemnización de daños y perjuicios por la que debe responder la parte incumplida.

Para los alcances que pueda tener esta indemnización será importante establecer si el incumplimiento se produce por culpa o por dolo.

En la franquicia será necesario establecer dos supuestos:

2.4.3.2.1 Que el incumplimiento haya sido por parte del franquiciante:

Para establecer la indemnización debería tomarse en cuenta algunos rubros como son:

a) Daño Emergente

Que estaría compuesto por:

- 1.- El fee de ingreso en proporción al plazo contractual no cumplido
- 2.- Inversión realizada por el franquiciado y no amortizada (instalaciones sistemas, muebles, equipos etc.
3. Indemnización de stock (mercaderías en stock invendibles)³⁸

³⁸ Como señala Kleidemacher en la obra citada, al resolverse el contrato existe una disposición expresa de no poder seguir utilizado el nombre del franquiciante y el franquiciado se ve en la imposibilidad de continuar vendiendo los artículos que ya

- 4.- Gastos de alquiler no devengados
- 5.- Costos de seguros que no pudieren ser cancelados.
- 6.- Indemnización por clientela³⁹

b) Lucro Cesante

Ganancias estimadas por explotación normal y habitual de la franquicia por el plazo contractual no cumplido, restando el valor de las garantías que eventualmente correspondieran a ese mismo período.

c) Daño Moral

Puede el Juez establecer que ha existido no solo lesión a los derechos patrimoniales, sino daño moral por menoscabo de la imagen y prestigio del franquiciado frente al público.

adquirió. Como soluciones a este punto en doctrina se plantean dos alternativas: - Que se establezca un plazo post contractual para que el franquiciado venda su stock, ya sea un tiempo determinado o hasta agotarlo o que el franquiciante recompre el stock o abone una indemnización sustitutiva.

³⁹ Según el autor citado, KLEIDERMACHER, este rubro ha sido objeto de gran polémica entre doctrinarios. Tiene su origen en los contratos de agencia, donde el agente realiza negocios a nombre de su principal, aportando con su clientela, que constituye un invalorable activo del agente. En Europa se ha hecho extensivo este derecho a indemnización por clientela a los franquiciados en caso de resolución contractual por culpa del franquiciante. Marzorati disiente con este criterio, ya que es característico de la franquicia, que la clientela sigue a la marca y su prestigio, y estas son del franquiciante. Tribunales suizos se han expresado sobre la improcedencia de hacer extensivo las obligaciones del contrato de agencia a otros tipos de contratos de distribución, (el contrato de concesión de venta exclusiva). Nosotros añadimos que nos parece aún más improcedente extendarlas al contrato de franquicia.

2.4.3.2.2 Por incumplimiento del franquiciado

El daño del franquiciante quedará integrado por los siguientes rubros:

a) **Daño Emergente**

Contraprestaciones adeudadas por el franquiciado.

b) **Lucro Cesante**

Regalías

Ganancias presumibles en las ventas

c) **Daño Moral**

Se analizará no solo el grado de incumplimiento , sino también la forma en que se a producido y como este afecta la tradición o prestigio que involucre al sistema de franchising.

2.5. COMPETENCIA Y JURISDICCION

Es este un asunto que debe anticiparse en el propio contrato, pues no puede perderse de vista que las localidades donde las franquicias operan pueden en muchas ocasiones (y es parte de la razón de ser de este contrato) estar

geográficamente ubicadas en países diferentes a aquel donde se localiza la empresa franquiciante, donde aplican diferentes legislaciones.

Esta situación podría dar lugar a que en casos de conflictos en la interpretación o ejecución del contrato se produzcan conflictos de leyes y/o de competencias.

Las partes contractuales deberán estar a lo que el contrato haya establecido en cuanto a jurisdicción y competencia en caso de surgir conflictos en la interpretación o ejecución del contrato. Es importante que las partes acuerden la ley aplicable al contrato para establecer con mayor certeza a que ordenamiento jurídico se acudirá en caso de ser esto necesario durante la vigencia del contrato. La Ley aplicable al contrato es elegida en principio por las mismas partes contratantes.

Generalmente es el franquiciante quien establece la ley y los jueces competentes de su domicilio, al ser este un contrato de adhesión, para el caso de disputas en relación al contrato de franquicia internacional.

Si los contratantes no hubieren acordado otra cosa, el Art. 154 del Código de Comercio establece que todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos mercantiles cumplideros en el Ecuador, se regirán por las leyes ecuatorianas.

Se refiere este artículo a la entrega y pago, a la moneda en que deberá hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y la forma de los mismos, a las responsabilidades que impone la falta de cumplimiento y el incumplimiento imperfecto o tardío, y a cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, los que deberán arreglarse a las disposiciones de las Leyes de la República. Pero tal disposición solo será aplicable como ya se ha señalado, si las partes no han acordado que el contrato quedará sometido a otra jurisdicción diferente a la ecuatoriana.

La doctrina por su parte mayoritariamente considera que en caso de que los contratantes no hubieran anticipado y decidido en el propio contrato lo referente a jurisdicción y leyes aplicables se aplicará la ley *loci*, es decir aquella aplicable al lugar donde se asienta la actividad principal del contrato en cuestión. Como advierte Kleidermacher en ocasiones será difícil establecer cual será el asiento de la actividad principal del contrato *de franquicia*

*“En efecto en un mismo contrato podrán coexistir dos obligaciones sustanciales, como por ejemplo: obligación de suministro a cargo de franquiciante con cabeza de actividad en un área y asiento de local en otra zona geográfica. Los incumplimientos pueden darse en ambas obligaciones será difícil determinar cual jurisdicción o normativa prevalecerá. Inclusive es posible que el área de influencia de la distribución involucrada en el contrato se extienda a dos o más jurisdicciones superpuestas. En estos casos será complicado encontrar una solución unívoca.”*⁴⁰

En caso de que existieran conflictos en la interpretación y o ejecución del contrato y tales controversias fueren ventiladas en el Ecuador, estas quedarían sometidas a los Jueces de lo Civil al no existir en el país jueces especiales de comercio, en cuanto al trámite y por tratarse de materia mercantil este sería verbal sumario.

Las partes tienen entonces libertad para fijar contractualmente la ley, la jurisdicción y la competencia a que queda sujeto el contrato de franquicias.

Es importante anotar que en caso de acudir a los métodos modernos de solución de disputas podrían no recurrir a la justicia estatal sino que someterse a arbitraje,

⁴⁰ KLEIDEMACHER, Jaime. Aspectos Económicos y Jurídicos. 2da. Edic. Actualizada. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág 163.

señalando tal particular en el propio contrato en el cual se comprometen a derivar al procedimiento arbitral la solución de las eventuales controversias que pudieran suscitarse entre ellas. Se trata de un arbitraje convencional.

En el comercio internacional el arbitraje cumple un papel fundamental, debido a que es un método de resolver conflictos menos formal y mas comercial, ya que permite resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate, como destaca Oswaldo Marzorati en la obra citada.⁴¹

Es importante mencionar cuales centros de Arbitraje y mediación a nivel internacional se utilizan con mas frecuencia en la resolución de conflictos dentro del contrato de franquicia.

Como ya se dijo en este estudio anteriormente, los Estados Unidos de Norte América constituye el país con mayor desarrollo en el área de franquicias a nivel mundial y también es el país que posee la mayor cantidad de cadenas franquiciantes en el mundo, por lo tanto es lógico entender que los centros de mediación utilizados con mayor frecuencia y que poseen mayor experiencia en la resolución de conflictos en el área de contratos de franquicia sean precisamente aquellos ubicados en los Estados Unidos.

2.5.1. Asociación Americana de Arbitraje.

La mas importante de las instituciones de arbitraje de los Estados Unidos es la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Asociación), la cual tiene su sede en Nueva York.

⁴¹ MARZORATI Oswaldo “Derecho de los Negocios Internacionales. Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina. .Pág 601

Este mismo Centro de Mediación ha publicado varios conjuntos de reglas de arbitraje, entre las cuales se destacan en el campo mercantil, " Las reglas de Arbitraje Comercial" (Commercial Arbitration Rules), la cual se complementa con los "Procedimientos Complementarios para el Arbitraje Comercial Internacional (Supplementary Procedures for International Commercial Arbitration).

Algunas de las características de este Centro de Arbitraje es que establece un panel nacional de árbitros. Y además se adopta la denominada lista de procedimientos, si las partes no han elegido un árbitro o no han acordado otro método para elegirlo, el cual consiste en someter a consideración de ambas partes una lista única de posibles árbitros, de los cuales se tachan los nombres que se objetan o también pueden elegir el o los nombre de preferencia.

2.5.2. Corte de Arbitraje de la cámara de Comercio Internacional.

Esta es la institución mas ampliamente utilizada para arbitrar disputas de comercio internacional. Esta corte de arbitraje posee la confianza y respeto de las compañías y personas de negocios de todo el mundo.

Posee su sede en la ciudad de París. Las Reglas de la Corte de Arbitraje la Cámara de Comercio Internacional actuales fueron publicadas desde su ultima reforma en 1988 desde la publicación N°447 y está en vigencia desde el 1° de Enero de 1989.

Entre las características mas importantes de este centro de mediación podemos ver que esta abierto a cualquier persona, la corte designa una comisión para elegir un arbitro (s) en el caso que las partes no se pongan de acuerdo en su

elección. Los árbitros elegidos deberán pertenecer a países distintos de aquellos de los cuales las partes son ciudadanos.

Las 3 características principales son:

-Antes de proceder con el arbitraje, al arbitro preparará un "acta de misión" y si es posible, lograr que las partes firmen dicha acta.

-Antes de que el árbitro firme el laudo, someterá este en forma de proyecto a la Corte de Arbitraje en París para su aprobación.

-Los costos del arbitraje será cubiertos por un depósito que las partes normalmente tienen que pagar a la Corte por adelantado y por partes iguales.

2.5.3. Corte Internacional de arbitraje de Londres.

Esta Corte de arbitraje se encuentra administrada por los Chartered Institute of Arbitrator que en su traducción al español vendrían a ser Los Miembros del Instituto de Arbitros..

Entre sus características principales se encuentran la ventaja de tener una gran cantidad de paneles de árbitros, además de que los honorarios del centro de arbitraje no son muy altos, por otra parte hay que señalar que tienen gran reputación en temas marítimos pero sin descartar ningún tipo de conflicto comercial.

2.5.4. Arbitraje Europeo

En 1961 se firmo la concesión de arbitraje comercial internacional Europea, y ha sido ratificada por toda la comunidad europa.

Esta convención procura solucionar dificultades en la constitución de tribunales arbitrales y en procedimientos arbitrales, particularmente en lo que se refiere en relaciones comerciales entre países de diferente orden Económico.

2.5.5. El procedimiento en el Arbitraje Comercial Internacional

Las distintas leyes nacionales de arbitraje difieren entre si. Por ello se han realizado varios intentos de encontrar un procedimiento e arbitraje comercial internacional que goce de amplia aceptación.

Dentro de estos intentos destacan:

UNICITRAL. (Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional).

Esta comisión adoptó en 1976 las Reglas de Arbitraje, y recomendó su uso a la Asamblea General de Naciones Unidas.

Las Reglas de Arbitraje de UNICITRAL no tiene fuerza de ley en ningún país. Deben ser adoptadas expresamente por las partes contratantes. Pero muchas Cámaras de Comercio nacionales e instituciones de arbitraje utilizan estas reglas para la solución de conflictos.

Reglas de Conciliación.

Estas reglas fueron preparadas por UNICITRAL en el año de 1.980, en vista de las diferencias existentes entre arbitraje y conciliación. Como las de arbitraje estas reglas se aplicarán solo si las partes las adoptan expresamente.

Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.-

UNICITRAL preparó y adoptó esta ley modelo en 1985, en vista de la gran diferencia existente entre las diferentes leyes nacionales de arbitraje. La Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó en ese mismo año a todos los países adoptar la ley modelo en vista de las necesidades del Comercio Internacional.

La idea es que los diferentes países vayan ajustando su propia legislación nacional sobre arbitraje tomando como base esta ley modelo, lo que llevaría a una mayor uniformidad de las regulaciones de arbitraje utilizadas en el mundo.

Modelos de Contratos de franquicia

CONTRATO DE FRANQUICIA

Ecuador

(Cláusulas importantes)

autor: [Dr. Leonidas Villagrán Cepeda <mailto:lv@ecua.net.ec>](mailto:lv@ecua.net.ec)

Nota: este es un esquema tentativo de un contrato de franquicia y no necesariamente cubre todas aquellas cláusulas que deba contener un contrato para cada área de la industria . Toda elaboración de un convenio de este tipo debe ser encargada a un abogado especializado.

CAPITULO PRIMERO: CONSIDERANDOS

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

CAPITULO SEGUNDO : LICENCIA DE FRANQUICIA

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

CAPITULO TERCERO: PAGOS AL FRANQUICIADOR

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

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

17. Confidencialidad
18. Del uso de la Propiedad Intelectual

CAPITULO QUINTO: DEL PUNTO DE FRANQUICIA

19. Del Proceso de Apertura
20. De la Uniformidad de los locales de la Franquicia
21. Registros Contables Uniformes

- 22. Acceso a los registros e instalaciones
- 23. De los Productos
- 24. Contratación de Servicios Especiales
- 25. Mantenimiento de Equipos
- 26. Seguros

CAPITULO SEXTO: DE LA CAPACITACION Y MEJORAMIENTO CONTINUO

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

CAPITULO SEPTIMO: OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES

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

CAPITULO OCTAVO: DE LA TERMINACION DEL CONTRATO Y EFECTOS

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

CAPITULO NOVENO: DISPOSICIONES GENERALES

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

Modelo General para Latinoamérica

Realizado por: Jorge I. Mascheroni Lemes, para introduccion al Franchising

smark@adinet.com.uy, <http://comunidad.derecho.org/mascheroni>

8. Modelo de contrato de franchising

Convenio: Entre persona (física; jurídica)... domiciliada en..., representada por..., en su carácter de ..., según... (estatuto; contrato social; mandato; etc.), por una parte, en adelante denominada «Franquiciante» y la persona... (física; jurídica)...., domiciliada en..., representada por ... en su carácter de..., según... (estatuto; contrato social; mandato; etc.), por la otra parte, en adelante denominada

"Franquiciado", se celebra el presente Contrato de Franchising, según las estipulaciones siguientes:

PRIMERA: Definición (la Franquicia) Las partes declaran que convencionalmente denominarán Franquicia, al derecho de uso de ... (marca; designación; modelo; diseño), juntamente a la obligación de prestar asistencia y asesoramiento... (técnico; en diseño; en decoración; en mantenimiento; para habilitación; para el funcionamiento; sobre comercialización; para la elaboración; para el fraccionamiento; sobre producción; de promoción; para presentación; sobre imagen empresarial; para la contabilización; sobre computadorización; para la capacitación de expedientes; en higiene y seguridad; en relaciones humanas; en servicios; sobre atención al público, etc.), que prestará el franquiciante al franquiciado.

SEGUNDA: (Objeto) Por este contrato el franquiciante se obliga a dar franquicia al franquiciado, quien la acepta y contraprestará otorgando derechos y asumiendo obligaciones en favor del primero.

TERCERA (Perfeccionamiento del Objeto) El franquiciante dará la franquicia con limitaciones y cargas, que deberá cumplir estrictamente el Franquiciado, para poder perfeccionar el presente contrato.

CUARTA: 1. El objeto o destino de la Franquicia será para el franquiciado, desarrollar exclusivamente la actividad... (elaboración y/o comercialización de bienes y/o servicios determinados).

2. El franquiciado no podrá realizar con la Franquicia ningún otro acto, fuera de los autorizados taxativamente en el presente contrato.

3. El incumplimiento de esta cláusula, acarreará al Franquiciado, penalidades pecuniarias en favor del Franquiciante, la que consiste en...

QUINTA (Territorio)

1. El franquiciante asigna una zona exclusiva delimitada por ... (ámbito geográfico), para que el franquiciado desarrolle sus actividades con la franquicia y no la podrá usar fuera del mismo.

2. Esta obligación es recíproca, ya que el franquiciante no podrá dar Franquicia a terceros, dentro de la zona exclusiva del Franquiciado.

SEXTA (Local comercial)

1. El franquiciado deberá disponer dentro de su zona, en el plazo máximo de... meses, como... (comodatario; locatario; usufructuario; propietario;...), por un título perfecto, que le asegure disposición por un plazo mínimo de... años, propiedades inmueble, en la cantidad de.. unidades, del tipo y especificaciones..., que deberá.. (habilitar, equipar, instalar, remodelar, reciclar; decorar,...), a su cargo, cumpliendo las especificaciones generales, dentro del plazo máximo de ... meses, según el Anexo...

2. El franquiciante deberá preaprobar en actos sucesivos, el local comercial, el plan de obras, el final de obra y la puesta en marcha.

3. La aprobación, el rechazo o las objeciones, el franquiciante deberá realizarlas individualmente dentro de los ... días de notificado, caso contrario, la etapa se considerará aprobada.

SEPTIMA: (Las obras) Para el proyecto de adecuación o reciclaje, refacciones y

decoración (de/los local/es comercial/es), el franquiciante dará asesoramiento, a su cargo, por intermedio de...

OCTAVA: (Exclusividad del/los locales) El franquiciado tendrá una obligación absoluta de exclusividad, con (su/s local/es comercial/es) y no podrá desarrollar en ellos otras actividades, fuera del objeto de la franquicia.

NOVENA: (Incedibilidad) La Franquicia será incedible por el franquiciado por cualesquiera formas o actos, sean parciales o totales, transitorias o permanentes, gratuitas u onerosas.

DECIMA (Plazo)

1. El plazo de la Franquicia será..., años, a partir de... (acto; fecha) y fenecerá el...
2. Al vencimiento del plazo de franquiciado deberá cesar en el uso, de todo lo que esta franquicia le ha otorgado.
3. Para el desmantelamiento y retiro de los.. (carteles; inscripciones;) interiores y exteriores de...(su/s local/es comercial/es) que lo vinculen con la Franquicia, el franquiciado tendrá un plazo máximo de.. días
4. En caso de incumplimiento de sus obligaciones el franquiciado quedará multado, con una Cláusula Penal diaria, en favor del franquiciante de...
5. Esta penalidad se generará acumulativamente, singularmente por cada supuesto separadamente.

6. El franquiciante se reserva los derechos de litigar, por todas las acciones que la ley marcaría, le otorgue contra el franquiciado.

UNDECIMA (Prórroga automática) El plazo de este contrato se prorrogará automáticamente, por períodos de... (meses; años), si ninguna de las partes manifestara su voluntad contraria, con una personificación de..., días, al vencimiento del plazo original o las prórrogas.

DUODECIMA (Derecho de inscripción)

1. El franquiciado paga en este acto al franquiciante como «Derecho de Suscripción» por la reserva de la Franquicia y la simple firma de este contrato, la.. (la suma de pesos...(\$) de la cual este instrumento representa eficaz recibo.
2. Esta suma de dinero pasa en propiedad al franquiciante y no podrá imputarse a ninguna deuda del franquiciado, aunque el presente contrato se rescindiera posteriormente, sin recibir otras contraprestaciones este último.

DECIMOTERCERA (Precio)

1. El precio que deberá pagar el franquiciado al franquiciante. como contraprestación por la obligación de Franquicia, estará integrado por los ítems siguientes:

a) La... (la suma de pesos... \$). reajutable según IPC por cada local comercial habilitado;

b) Un derecho porcentual, sobre el monto bruto de ventas, del... (...) por ciento, excluidos los tributos directos e IVA.

2. Las liquidaciones y pagos de ambos ítems, las deberá realizar el franquiciado dentro de los..., días del vencimiento de cada mes.

3. La falta de liquidación y/o pago en plazo, generará intereses resarcitorio del (...) por ciento y un interés punitivo del (...) por ciento.

4. La mora superior a... días dará derecho de rescisión automática en favor del franquiciante.

DECIMOCUARTA (Pago)

1. Todos los pagos que el franquiciado está obligado a realizar al franquiciante deberá depositarlos, en efectivo en la cuenta corriente N^o... abierta a la orden de... en el Banco... sucursal..., o donde el segundo notifique en el futuro.
2. Los depósitos en cheque no serán considerados como pago hasta su acreditación efectiva.

DECIMOQUINTA (Uso de Cta. Cte. bancaria)

1. El franquiciado estará obligado a ingresar todos sus cobros, sean en efectivo o cheques, en cuentas corrientes bancarias, que por su elección, abrirá en los bancos...
2. Si mudare de bancos, deberá notificar al franquiciante.

DECIMOSEXTA (Auditorías)

1. El franquiciante tendrá derecho por sí o por terceros auditores, de revisión y control, de la contabilidad y documentación del franquiciado.
2. Incluirá la revisión de facturas, remitos, extractos bancarios, resúmenes de cuenta.
3. Esta enumeración no deberá interpretarse taxativa.

DECIMOSEPTIMA (Cumplimiento con terceros).

1. El franquiciado estará obligado al cumplimiento estricto de sus obligaciones sean con el franquiciado o con terceros.
2. El incumplimiento de las obligaciones del Franquiciado con terceros, cuyo vínculo esté ligado con el objeto de la Franquicia y en general del presente contrato, dará derecho al franquiciante a cobrar los derechos devengados y cláusulas penales especiales, rescindir el presente contrato, sin indemnización alguna para el franquiciado.

DECIMOCTAVA (Cumplimiento de normas) El franquiciado deberá cumplir el objeto de la Franquicia sin transgredir las normas municipales o nacionales, sean de higiene y seguridad, laborales, previsionales, comerciales, bancarias, impositivas y en general todas las que rijan su actividad, ya que esta enumeración no deberá interpretarse taxativamente.

DECIMONOVENA (Precios)

1. El franquiciado deberá respetar los precios generales de venta, según la Lista de Precios del Franquiciante.
2. Estará prohibido realizar descuentos o quitas, salvo en caso de promociones generales con los franquiciados de otras zonas.

VIGESIMA (Tarjetas de crédito)

1. El franquiciado tendrá derecho de vender con el sistema de Tarjetas de Crédito de.. (American Express; Cabal; Diners, Master, Visa;...).
2. Para el cómputo de las ventas brutas, podrá deducir el.. (. . .)por ciento del descuento, que por las promesas de pago quede a favor de estas entidades otorgantes, a los efectos de la liquidación de los derechos del franquiciante sobre las ventas.

VIGESIMO PRIMERA (Actividades)

1. El franquiciado deberá cumplir el objeto de la Franquicia, con el calendario y horario de funcionamiento siguiente...

2. Su incumplimiento le acarrearán las penalidades siguientes...
VIGESIMO SEGUNDA (Requisitos del personal)

El personal asignado por el franquiciado para el cumplimiento del objeto de la franquicia, deberá cumplimentar en cuanto a cantidad, idoneidad, exclusividad, capacitación e indumentaria, las especificaciones del Anexo...

VIGESIMO TERCERA (Supervisión)

1. El franquiciante tendrá derecho de supervisar con personal a su cargo, todas las dependencias del franquiciado, donde se realicen actos vinculados con el cumplimiento del objeto de la Franquicia.

2. El derecho de supervisión incluirá también al personal dependiente.

VIGESIMO CUARTA (Inspección) El franquiciante tendrá derecho a examinar al personal dependientes, inspeccionar los locales comerciales, controlar los... (productos, servicios prestados, sistemas de elaboración y comercialización, proveedores) del Franquiciado dentro del horario de funcionamiento en cualquier momento.

VIGESIMO QUINTA (capacitación)

1. El franquiciante se obliga a dictar sin cargo cursos de capacitación y actualización sobre el objeto de la Franquicia, para personal del franquiciado, asignado al cumplimiento de la misma dentro de cada período...(semestral, anual, bienal,...), en las fechas y horarios generales que fije.

2. El franquiciado seleccionará quienes concurrirán y pagará sus sueldos.

VIGESIMO SEXTA (Publicidad) El franquiciado deberá difundir publicidad promocionando el objeto de la Franquicia, según las especificaciones del Anexo...

VIGESIMO SEPTIMA (Promoción de la Franquicia)

1. El franquiciante deberá crear y difundir publicidad para la promoción institucional de la... (marca; símbolos; modelo, diseño;...), según las especificaciones sobre el particular, del Anexo...

2. El franquiciado, deberá contribuir al pago de esta publicidad con...(sumas fijas, porcentuales, derechos sobre sus ventas...)...

VIGESIMO OCTAVA (Elementos para publicidad) Será obligación del franquiciante, entregar los elementos de publicidad... (folletos; muestras; carteles; prospectos;...), en la cantidad..., sin cargo al franquiciado, además de los que distribuyera en general, a todos los que en otras zonas tuvieran contratada Franquicia.

VIGESIMO NOVENA (Papelería Comercial) Toda la papelería que el franquiciado utilice, entre otras, papel carta, sobres, facturas, remitos, folletos, listas de precios, para el cumplimiento de esta Franquicia, deberá imprimirse de acuerdo con las especificaciones del Anexo...

TRIGESIMA (Obligación de asegurar)

1. El franquiciado estará obligado a mantener asegurado, en compañías de seguros de primer nivel, contra todo riesgo, incluyendo responsabilidad civil a terceros, todas las cosas sean muebles o inmuebles que deba usar, para el cumplimiento del objeto de la Franquicia.

2. En todos los casos, los capitales asegurados, deberán actualizarse...(mensual; bimestral; trimestral; semestralmente) y cubrir los posibles siniestros en sus

montos reales.

3. El franquiciante tendrá derecho de control de esta obligación del franquiciado.

4. Si reclamase al franquiciado por considerar fundamentalmente el incumplimiento de estas obligaciones y éste no cumpliera pasado el plazo de... días, el franquiciante tendrá la facultad de rescindir este contrato.

TRIGESIMO PRIMERA (Rescisión por incumplimiento)

1. El incumplimiento de cualesquiera obligaciones de plazo indeterminado, el franquiciado, que persistiere, pasado el plazo de...días de interpelado sea extra o judicialmente, dará derecho al franquiciante a rescindir el presente contrato, cobrar las cláusulas penales específicas y litigar por daños y perjuicios.

2. Para todas las obligaciones con plazo, la mora será automática e innecesaria la interpelación previa.

TRIGESIMO SEGUNDA (Representación) El franquiciante no da mandato alguno sin o con representación al franquiciado, ni escrito, tampoco tácito: este último no representa al franquiciante y no puede realizar acto alguno en su nombre o cuenta.

TRIGESIMO TERCERA (Progresión de las cláusulas penales)

1. Todos los montos de las cláusulas penales diarias se.. .(du, tri, cuadruplicarán) pasados.. .días continuados de incumplimiento.

2. Las cláusulas penales impagas, devengarán un interés diario de... % hasta el pago efectivo.

TRIGESIMO CUARTA (Comunicaciones)

1. Las partes utilizarán como medio fehaciente de comunicación, telegrama colacionado o la simple entrega de nota en original y devolución firmada de copia, que deberá signar el notificado.

2. Será obligación recíproca de las partes, recibir las notificaciones.

TRIGESIMO QUINTA (Notificaciones) El franquiciado deberá notificar dentro de los.. .días al franquiciante todas las medidas precautorias o notificaciones judiciales que recibiere, que estén vinculadas con el objeto de la Franquicia.

TRIGESIMO SEXTA (Protocolización) Será obligación de las partes, protocolizar, el presente contrato y sus anexos, dentro de los.. .días de celebrado, ante el Escribano Público.., domiciliado en...

TRIGESIMO SEPTIMA (Rescisión por concurso o quiebra).

1. En caso de procedimientos preventivos por concurso o quiebra del franquiciado, este contrato quedará rescindido automáticamente y el franquiciante liberado para negociar la Franquicia, en la zona del franquiciado.

2. Conservará el franquiciante el derecho al cobro de los créditos devengados.

TRIGESIMO OCTAVA (Fiadores)

1. La sociedad comercial. ..domiciliada en...y el Sr.. domiciliado en...,como representante de la sociedad en su carácter de presidente, según el Estatuto Social, agregado como Anexo.., y a título personal, se constituyen en fiadores comerciales, principales pagadores, renunciando a los beneficios de excusión, división e interpelación, de todas las obligaciones del franquiciado derivadas del presente contrato.

2. Los fiadores afectan a esta fianza, además de la totalidad de sus patrimonios, las propiedades inmobiliarias siguientes: ... la ubicada en... cuyos títulos de

dominio se agregan como Anexo...
3. El Sr. la sita en..., según títulos que componen el Anexo...
4. Los fiadores declaran que las propiedades no están gravadas con derechos reales, ni constituidas como Bien de Familia y se obligan a mantenerlas libres de toda limitación y de una posible ejecución judicial.
5. Tampoco la podrán dar en arrendamiento o comodato, por plazos mayores de...años.

TRIGESIMO NOVENA (Sustitución de fiadores)

1. Toda disminución del patrimonio de los fiadores en más del,.. (...) por ciento, dará derecho al franquiciante a pedir sus sustituciones o a exigir que se agregue otro más, para cubrir la disminución.
2. Será obligación del franquiciado cumplir esta obligación dentro del plazo máximo de.. días.
3. También deberá notificar dentro de las.. horas al franquiciante, todos los hechos y actos que involucren a los fiadores, que puedan afectar, la fianza que constituyeron.
4. El incumplimiento de esta cláusula dará derecho al franquiciante a rescindir este contrato conservando sus créditos.

CUADRAGESIMA (Tributos) Los tributos que gravasen la presente contratación serán a cargo de...

CUADRAGESIMO PRIMERA (Costas Extrajudiciales)

1. Si el franquiciante debiera litigar para compeler al cumplimiento de obligaciones del franquiciado, sean por derechos, cánones, cláusulas penales, daños y perjuicios, repeticiones y el franquiciado fuere condenado, deberá pagar, además de las costas judiciales e imputado el costo de honorarios extrajudiciales de los profesionales abogados y procuradores del franquiciante, la suma mínima de (pesos.. \$) por cada juicio principal o incidente, que hubiera debido iniciar o reconvenir.
2. Los honorarios extrajudiciales si superan, deberá pagarlos el franquiciante contra la presentación de los recibos de los profesionales intervinientes.

CUADRAGESIMA SEGUNDA (Competencia judicial)

1. Para el caso de litigio, las partes se someterán a la competencia, de los Tribunales..., renunciando a cualesquiera otra que pudiera corresponderles.

CUADRAGESIMO TERCERA (Constitución de domicilios)

Para todas las notificaciones, sean extra o judiciales, derivadas del presente contrato, las partes y los fiadores constituyen los domicilios especiales siguientes... donde tendrán eficacia todas las que cursen.

CUADRAGESIMO CUARTA (Anexos)

1. Todos los anexos referenciados, quedan agregados a este contrato y lo integran, sean originales, copias o fotocopias.
2. Firmados por las partes y fiadores en original, crearán todos los derechos y obligaciones, que surjan de sus estipulaciones.
3. Si hubiere alguna contradictoria, entre las declaraciones y cláusulas de este contrato y los anexos, prevalecerán las del primero.
4. Las penalidades y obligaciones generales, incluyen a los anexos.
CUADRAGÉSIMO QUINTA (Firmas y entrega de instrumentos) Se firman..

.juegos de ejemplares iguales del contrato, con..., cláusulas, en... fojas y... anexos, en... folios numerados del., al... y los reciben... CUADRAGESIMO SEXTA (Lugar y fecha de celebración) Celebrado en... ,el día..., del mes de... del año 20...

CAPITULO TERCERO

CONTRATO DE FRANQUICIA

3.1. PRINCIPALES LINEAMIENTOS JURIDICOS

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce el principio de libertad de contratación. La más importante de las normas jurídicas ecuatorianas, cual es la Constitución Política de la República del Ecuador en el Capítulo Dos, “DE LOS DERECHOS CIVILES” Art. 23, Numeral 18 trata sobre la libre contratación con sujeción a la ley. Por lo tanto una persona tiene la facultad discrecional de elegir y decidir con quien quiere contratar y los términos de esa contratación dentro del marco legal.

Nuestra legislación regula lo referente a las obligaciones y contratos en el Libro Cuarto del Código Civil. Hace algún tiempo este cuerpo legal era el único que determinaba normas regulatorias sobre la celebración y ejecución de los contratos en el Ecuador. Pero el tiempo sigue su curso y como el mundo en general ha seguido evolucionando han aparecido nuevos contratos y con ellos nuevas normas que los regulen.

Dentro de dicho proceso se creó el Código de Comercio, (para muchos un cuerpo legal ya obsoleto), que de modo subjetivo regula ciertas clases de contratos modernos que la necesidad social y económica fue creando.

Sin embargo el proceso de Apertura del Mercado Internacional, evoluciona rápidamente, tanto que la legislación mundial deja atrás ciertas normas y aspectos internos de lado para acoplarse a las que se están creando. Este es precisamente el caso del Ecuador que como muchos otros países subdesarrollados que al tratar de evolucionar técnica e industrialmente apartan, de dicha evolución aspectos jurídicos que son de gran relevancia para el sustento y desarrollo del país.

En este proceso de evolución de las relevancias contractuales de tipo comercial, es cada vez mas frecuente encontrar nuevas figuras, o simplemente descubrir y dimensionar las ya existentes.

Esta evolución contractual no dejó de lado las condiciones y elementos que obligatoriamente se deben tomar en cuenta para la celebración de contratos, por lo que aún atípicos como es el caso del contrato de franquicia comercial deben mantenerse bajo un marco legal tipificado para la estructuración y condiciones que necesariamente se deben tomar en cuenta y que son reguladas de acuerdo a las normas generales como son las del Código de Comercio, Código Civil y la Constitución Política de la Republica del Ecuador.

3.1.1 Normas generales (ley, contrato, costumbre)

Este punto de nuestro estudio es muy amplio por lo cual he decidido abarcarlo desde dos puntos de vista:

Primero: Estudiando y revisando aquellas normas de nuestros cuerpos legales relativos a los contratos, contratos comerciales contratos atípicos y el de franquicia y observar en si como se presenta su regulación.

Segundo: Realizar un breve resumen de las leyes regulatorias del contrato de franquicia en otros países y sobre todo en EEUU, el cual posee la mayor cantidad de empresas franquiciante y franquiciadas en el mundo.

3.1.2.El contrato, su interpretación, elementos esenciales.

En el campo económico el contrato constituye un instrumento de circulación de valores patrimoniales. La circulación de bienes está tutelada por el derecho, que al regular los medios e instrumentos de circulación de los bienes, cuida de proteger los intereses particulares involucrados en la circulación misma.

Estos medios e instrumentos jurídicos de circulación mercantil son fundamentalmente el contrato y los títulos valores. El contrato es el primero en orden de aparición y el más importante todavía. Al decir del tratadista Rodrigo Uria,

“.....puede decirse que (el contrato) es el presupuesto inexcusable de la tutela jurídica del tráfico, tanto mercantil como civil, y que su función capital, sino la única, es realizar jurídicamente la circulación. Sin el contrato no se concebiría la circulación como fenómeno jurídico”⁴²

El contrato luego de la Ley constituye la principal fuente de las obligaciones, de forma tal que existe el aforismo legal de que el contrato es “ley para las partes contratantes” Tal expresión no es exacta pues no puede el contrato constituirse en manifestación de derecho similar a la ley, pero si nos da cuenta de la fuerza vinculante que tiene el contrato para las partes contratantes. Nuestro sistema legal descansa en el principio de que la declaración unilateral no reviste fuerza vinculante, lo que ata y liga a las partes es el contrato.

Entender entonces el concepto de contrato, sus elementos y naturaleza reviste enorme importancia práctica, pues ocurre, en muchos casos que las definiciones legales al respecto son descriptivas y no informativas. Las definiciones permiten, en primer lugar tipificar las figuras o institutos y proporcionar de este modo conocimiento seguro acerca de los elementos que según los casos, deben reunir para ser calificados de un modo o de otro.

Nuestro Código Civil establece en el Artículo 1.481 que:

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

⁴² URIA Rodrigo. “Derecho Mercantil”. 24ava. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 1997

Tomando en cuenta esta definición se crea una situación concreta en la que se determina que existe un acuerdo manifiesto de voluntades destinado a reglar los derechos de las partes.

Este concepto legal ha sido criticado bajo el ángulo de que el contrato y convención son conceptos completamente distintos, aunque para algunas legislaciones son términos sinónimos, pues se considera a la convención como el acto jurídico bilateral, en el que existe un acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, los mismos que pueden constituirse en crear, modificar o extinguir obligaciones.

Cuando la convención tiene por objeto crear obligaciones, pasa a llamarse contrato: Aquella es el género, el contrato es la especie. Todo contrato es convención, ya que supone el acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos; pero, a la inversa no toda convención es contrato ya que si el acuerdo de voluntades no tiene por objeto crear una obligación, sino modificar una preexisten o extinguirla, es una convención, pero no un contrato.

Por esto comúnmente, se define el contrato como la convención generadora de derechos y obligaciones. Otras legislaciones definen al contrato de la siguiente manera:

*“ Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.*⁴³

Existen distintas percepciones del concepto o definición del contrato, pero debemos quedar claros que estos conceptos nos llevan a un punto esencial y a reunir elementos similares, existe un acuerdo de voluntades, que genera obligaciones para una parte y derechos para la otra, cada parte pueden ser una o varias personas.

⁴³ Código Civil Mexicano

Para definir al contrato mercantil o comercial debemos establecer dichos elementos esenciales, sin dejar de lado que de acuerdo al Código de Comercio este contrato se celebra entre comerciantes. El Art. 140 del Código de Comercio señala que

*“El contrato es mercantil desde que se celebra con un comerciante matriculado. Perderá esta prerrogativa si no ha sido matriculado en el tiempo determinado por el Código de Comercio”.*⁴⁴ *Mercantilidad subjetiva.*

Nuestro Código de Comercio determina que se rigen, a través de este cuerpo legal, las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean realizados por no comerciantes. Por lo tanto, un contrato será considerado como comercial por la sola intención de una de las partes contratantes de obtener lucro a través de la celebración de un contrato, aun cuando no sea comerciante.

De tal manera que, aunque nuestro Código de Comercio no clasifique ni determine los elementos esenciales que debe cumplir el contrato mercantil se tomarán como aquellos los que se explican y determinan en materia civil.

La función del contrato es la misma tanto en el ámbito civil como mercantil, tutelar jurídicamente las obligaciones y los derechos de las partes, lo cual explica que las normas ordenadoras de los contratos en general (tales como acuerdo de voluntades dirigido a crear, modificar o extinguir obligaciones de dar, hacer o de

⁴⁴ Es necesario señalar que quienes se inscriben en el Libro de Matrículas de Comercio del Registro Mercantil son únicamente las personas naturales que hacen del comercio su profesión. Ya que las sociedades comerciales no requieren matricularse de conformidad con el Art. 19 de la Ley de Compañías. La inscripción del contrato de constitución en el Registro Mercantil surte para las personas jurídicas los mismos efectos que la matrícula de comercio.

no hacer) sean comunes tanto a los contratos civiles como mercantiles, y deban buscarse en el Código Civil, que es supletorio en materia mercantil al tenor de lo establecido por el Art. 5 del propio Código de Comercio.

En cuanto a la forma de los contratos mercantiles el sistema se inspira como en el civil en la libertad de forma, salvo cuanto se trate de contratos que por disposición legal se requiera de formalidades tales como la escritura u otras solemnidades, en cuyo caso no se aceptará ninguna otra prueba de la existencia del contrato, y este se tendrá como no celebrado. Art. 165 Código de Comercio.

El contrato de franquicia como se ha venido señalando no goza de una regulación específica en el Código de Comercio, por tanto no existen exigencias de formalidades para su celebración. No obstante un mínimo de criterio legal velando por la seguridad de las partes contractuales nos indica que este debe celebrarse por escrito.

No debe además perderse de vista la intencionalidad de las partes pues en el contrato mercantil la obtención de un lucro económico es un aspecto sustancial.

3.1.3. Interpretación del Contrato

La forma escrita facilita considerablemente la determinación del contenido del contrato así como la interpretación del mismo.

Existen, entre otras, dos sistemas o doctrinas fundamentales, las mismas que se derivan esencialmente de la voluntad de los actos jurídicos: La real y la declarada por las partes.

❖ La primera de estas doctrinas adopta un sistema subjetivo, mismo que es influenciado por el Código Francés, que da prioridad a la voluntad real de las partes, misma que debe buscarse en el contrato .

❖ La segunda, es la influenciada por el Código Alemán, es la que da prevalencia a la voluntad declarada, esto quiere decir concretamente que la voluntad es la que se establece en la letra misma del contrato.

De estas doctrinas nuestro Código Civil recoge la francesa, en su Artículo 1603: *“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras”*.

En consecuencia, en caso de conflicto, debe preferirse la intención de las partes a la letra misma de las estipulaciones. Al respecto pueden presentarse dos situaciones:

1.- La redacción del contrato resulte ambigua, poco clara o contradictoria; por lo que deberá investigarse la intención de las partes para averiguar lo que dice el contrato.

2.- La letra del contrato es totalmente clara, que no puede darse la situación de una doble interpretación, ni ambigüedad ni contradicción alguna.

En realidad, a pesar de la existencia de las precedentes doctrinas y a la que nuestro Código Civil ecuatoriano se refiere, las intenciones de las partes pueden ser extremadamente exorbitantes o exageradamente limitadas, por lo que la letra del contrato es esencial para estructurar una base de intenciones y los jueces competentes en la materia determinar, sobre la base de intenciones y a lo que se quiso estipular en el contrato, encontrar soluciones o controversias contractuales.

Lo mismo sucede en materia mercantil, la intención de las partes vale más que lo escrito en el mismo contrato. Principio realmente válido para la negociación entre los comerciantes, es a veces muy difícil determinar, en base de lo escrito en el contrato, la intención de las partes contratantes en materia comercial, y específicamente por la vaga estructuración y redacción de un contrato comercial.

Es necesario, para una buena interpretación, proceder, después de investigada la intención de las partes, a calificar el mismo, esto nos ayuda a determinar su naturaleza para saber que normas legales son aplicables en cada contrato.

Debe tomarse en cuenta la importancia que reviste el principio de la buena fe en el ámbito de la contratación mercantil.

1.- El principio de la buena fe se tomará como norma para la interpretación y ejecución de los contratos mercantiles, para tal efecto según señala el Dr. Joaquín Viteri se considerarán las siguientes reglas:⁴⁵

- a) Debe atenderse en primer lugar a los términos en que el contrato fue hecho y redactado, es decir prevalece el predominio de la intención sobre las palabras cuando parezcan contrarias a la intención.
- b) No se debe tergiversar el sentido recto, propio y usual de las palabras, restringir los efectos que en forma natural se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad. Se calificará como interpretación arbitraria las interpretaciones que vulneren estas reglas.

Esto quiere decir que se ha de dar a las cláusulas contractuales el sentido que en dentro del tráfico mercantil le den los comerciantes. En materia mercantil

⁴⁵ VITERI Joaquín. Nueva Concepción del Derecho Mercantil. Imprenta y Publicidad NOVA. Quito, Ecuador.

hay que escapar de interpretaciones que aun siendo aparentemente lógicas, conduzcan a resultados contrarios a las exigencias y necesidades propias del comercio.

2.- La interpretación a través del cómputo de los contratos cuando se habla de días meses y años.

3.- Que si en la interpretación se originan dudas que no puedan resolverse aplicando las normas interpretativas legales o los usos de comercio, se debe decidir la cuestión en favor del deudor..

Nosotros añadimos que al criterio general de la doctrina debe considerarse además:

Las cláusulas manuscritas o dactilografiadas prevalecen sobre las cláusulas impresas. Normalmente se las caracteriza como cláusulas especiales o particulares del contrato.

Las cláusulas de las condiciones generales deben ser razonables. Cuando exista una interpretación conflictiva esta razonabilidad debe ser determinada por el juez. Como señala Kleidermacher esta razonabilidad no puede entenderse como la imposibilidad material o la onerosidad excesiva. Apunta más a conjugarse con los principios de buena fe y con el abuso del derecho.

3.1.4. Interpretación de los contratos tipo, uniformes o de adhesión.

Especial mención requieren este tipo de contratos uniformes, de uso cada vez más frecuente por parte de los empresarios, atentos a la necesidad de agilidad, ahorro de gastos, cálculo más exacto de riesgos y responsabilidades, eliminación de competencias nocivas.

Los contratos uniformes son en efecto contratos virtualmente impuestos por una de las partes. Hemos ya indicado que el contrato de franquicia generalmente reviste las características de una adhesión, ya que es poco lo que las partes pueden discutir o negociar del contrato, siendo éste elaborado y presentado acorde las necesidades o intereses del franquiciante, quedando reducidas al mínimo la libertad contractual.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, a la que ya hemos hecho referencia en otra sección de esta investigación, establece una serie de disposiciones tendientes a regular la forma de interpretar este tipo de contratos, muy característicos de la contratación mercantil moderna.

Consideramos de interés para esta investigación esta temática con respecto a la interpretación de estos contratos uniformes, aún cuando debemos dejar establecido que en nuestro criterio dicha normativa legal no tendría aplicación dentro del contrato de franquicia para velar por la relación entre franquiciado y franquiciante, dado que ambas partes son comerciantes y este cuerpo legal tiene como objetivo y finalidad la defensa de los derechos del consumidor, entendiendo al consumidor como lo establece el Art. 2 de la Ley de la referencia.

“ Como toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello Cuando la presente ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.”

El contrato de franquicia aun cuando se lo celebre entre comerciantes como se ha dejado explicado, va en última instancia a dirigirse hacia los consumidores, ya sea de servicios o de productos, y en muchas ocasiones se establecerá esta relación a través de un contrato de adhesión.

Respecto a la interpretación de este tipo de contrato en donde la libertad contractual se reduce al mínimo la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiere ocasionado esta oscuridad, por tanto deberá interpretárselo en el sentido más favorable al consumidor.

Los Arts. 41 y 42 del citado texto legal establecen que tales contratos deberán ser redactados en castellano como idioma oficial (salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico) con caracteres legibles y en un formato no menor de 10 puntos de tamaño de letra, si existieren textos escritos en carácter más pequeño se tendrán como no escritas. Si se trata de contratos impresos o formularios prevalecerán las que se agreguen por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito.⁴⁶

Por otra parte de la doctrina podemos rescatar las válidas instrucciones del profesor Van Cise, citado por el autor argentino Kleidermacher para ayudar a desentrañar los sentidos y voluntades implícitas específicamente en los contratos de franquicias.⁴⁷

1.- Claridad

a) Usar términos claros.

⁴⁶ El Art. 43 establece por su parte una serie de cláusulas prohibidas como son la variación unilateral del precio por parte del proveedor del producto o servicio; incluir espacios en blanco dentro del contrato; obligar al consumidor a sujetarse a la Ley de Mediación y Arbitraje, eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicio de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; impliquen renuncia de los derechos que esta ley confiere a los consumidores; inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor.

⁴⁷

Se refiere a que deben evitar utilizarse términos que puedan introducir confusión o sombra sobre la comprensión del acuerdo.

b) Completitividad.

Con lo que se quiere señalar que absolutamente todas las condiciones contractuales que fueron acordadas en los momentos previos a la celebración del contrato sean incluidas en la redacción del mismo.

2. Justicia

La justicia de una cláusula se refiere a su comprensión y razonabilidad, estando ligada a un equilibrio de los derechos y obligaciones de ambos contratantes, dentro de una perspectiva ética.

3. Exigibilidad

Encontramos aquí dos ópticas:

a) Una que se refiere a una enumeración de las obligaciones de las partes lo cual hará mas sencillo su cumplimiento.

b) La facultad de exigir judicialmente el cumplimiento del contrato y sus obligaciones con imposición de sanciones y multas, las que tendrán un efecto disuasivo de conflictos superfluos y permitirá una mejor relación durante la vigencia del contrato.

Por otra parte es necesario destacar la importancia de los usos interpretativos mercantiles, definidos como las prácticas profesionales que dominan tácitamente

la formación de los actos jurídicos y que se sobreentienden en todos estos actos para interpretar o completar la voluntad de las partes.⁴⁸

Marzorati en la obra citada realiza un análisis de la Convención De Viena, 1980, sobre la Compraventa Internacional, e indica que la citada Convención en el Artículo 3, establece que en el proceso de interpretación deben tomarse en cuenta una serie de circunstancias:

“La intención de las partes o el entendimiento de una persona razonable depende de todos los hechos y circunstancias que rodean al contrato, incluyendonegociaciones, prácticas establecidas entre las partes, usos y toda conducta de las partes.”⁴⁹

3.1|.5. Elementos del contrato comercial.

Nuestro Código Civil, en su Artículo 1488, establece los elementos esenciales para que una persona se obligue para con otra, los mismos que constituyen requisitos de fondo, que dicen relación con la validez del contrato, aplicables también a los contratos mercantiles y que se detallan a continuación:

1.- Capacidad legal

Según nuestro Código Civil, toda persona es legalmente capaz, excepto los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por

⁴⁸ GARRIGES, Joaquín, citado por CEVALLOS VICTOR en *“Manual de Derecho Mercantil”* 3ra. Edic. Editorial Jurídica del Ecuador. Pág. 55..

⁴⁹ Artículo 3 de la Convención de Viena, 1980 sobre la Compraventa Internacional. Tomado de MARZORATI, Osvaldo. Derecho de los negocios Internacionales Astrea Buenos Aires Argentina1993.Pág. 89.

escrito, a estos se los llama incapaces absolutos; son incapaces relativos los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes; y las personas jurídicas. En estos caso de incapacidad relativa, los actos de estas personas pueden tener valor en ciertas personas. Para el caso de ejecución de actos de comercio, nuestro Código de Comercio establece en su Artículo 8 que, “las personas que por las leyes comunes no tienen capacidad para contratar, tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio.....” por lo que, las estipulaciones sobre la capacidad e incapacidad generales establecidas en el Código Civil, son legalmente aplicables en las relaciones contractuales mercantiles.

Debe tomarse en cuenta además que el Código de Comercio establece ciertas incapacidades especiales en el Art. 7, por lo que no podrán comerciar, y por tanto ser parte de un contrato de franquicia las siguientes personas:

- 1) Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos.
- 2) Los funcionarios públicos a quienes esté prohibido ejercer el comercio por el artículo 242 (actual 266) del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo; y,⁵⁰
- 3) Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Adicionalmente el Código de Comercio en el Art. 8 refiriéndose a la capacidad para realizar actos de comercio, establece *que*

“ las personas que por las leyes comunes no tienen capacidad para contratar tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio salvo las modificaciones que establecen los artículos siguientes”

⁵⁰ Art. 266 de código Penal establece: Los jueces del crimen, tesorero, administradores y demás empleados de Aduana y del Resguardo, que ejercieren el comercio por si mismos dentro de distrito donde receptivamente desempeñan sus funciones, sea abiertamente o por actos simulados, serán reprimidos con la pérdida de los que les aprehenda perteneciente a este cometimiento ilícito

Tales excepciones se refieren a la capacidad del menor emancipado o no para ejercer actos de comercio, al que se faculta a realizar tales actos cuando se trate de un menor emancipado que haya sido autorizado por su curador, bien interviniendo personalmente en el acto, o por escritura pública. Se presumirá esta autorización cuando el menor ejerza públicamente el comercio, mientras no haya reclamo o protesta del curador. Tales reglas apuntan a una mayor flexibilidad del Código de Comercio con respecto a las normas comunes en otorgar capacidad al menor adulto.

2.- Consentimiento

Como indica Cabanellas en la esfera del derecho, el consentimiento es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los elementos esenciales para la formación del contrato.⁵¹

El consentimiento no debe adolecer de vicios. Los vicios del consentimiento son error, fuerza y dolo.

El error vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie del contrato que se ejecuta.

La fuerza vicia cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio. Tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin el no hubieran contratado.

⁵¹ CABANELLAS Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Edti. Heliasta. Tomo 2. Pag. 309

3.- Objeto Lícito

Todo contrato debe tener un objeto so pena de ser nulo o inexistente. El objeto en el contrato de franquicia es generar un conjunto de derechos y obligaciones para las partes.

Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

4.- Causa Lícita

Entendemos por causa fin inmediato, directo, el motivo que induce al acto o contrato, misma que no es necesario expresarla y que por tratarse de un contrato mercantil apuntará siempre hacia la obtención de un beneficio económico o lucro, que es el motivo que induce a las partes a contratar.

Todos los antedichos elementos contractuales son verdaderamente aplicables en materia comercial y también sobre el contrato de franquicia y su regulación, el simple hecho de ejecutar contratos con el fin de obtener, a través de la celebración de estos, un lucro o rédito, no deja de lado las condiciones y elementos que deben tomarse en cuenta para la celebración de un contrato netamente civil.

3.1.6. Regulación del contrato comercial atípico

Partiendo de un principio legal sencillo: *“Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido.”* Nuestra Constitución Política, como ya se lo ha mencionado antes en el Capítulo II “De los derechos Civiles”, Artículo 23, Numeral 18, establece: “la libertad de Contratación con sujeción a la ley”.

Nuestra legislación reconoce el principio de libertad contractual que entraña la posibilidad de celebrar contratos, ya sea que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal, o que sean contratos en los que las partes determinan libremente su contenido.

Definamos entonces lo que es un contrato típico y el contrato atípico. Los primeros, son aquellos que se encuentran determinados y especificados en la ley, y por lo tanto existe una disciplina normativa que regula su celebración. La regulación del contrato típico supone, la reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, a los efectos que el contrato produce entre las partes y, en su caso, a la existencia de normas supletorias de la voluntad de los contratantes.

Los segundos, contrarios a los típicos, podrán ser definidos como aquellos que pesar de que no se encuentran regulados por la ley, la costumbre mercantil y la necesidad de diversos requerimientos los ha ido estructurando de conformidad con la necesidad de las partes contratantes. En el campo mercantil es innegable que en las últimas décadas producto del crecimiento de los mercados consumidores por una parte, y de una producción en masa de productos, se van generando nuevas formas de relaciones jurídicas que no son obra de juristas, ni descansan en las estructuras jurídicas, sino que se derivan de factores económicos, como la necesidad de abaratar costos, de promover la colaboración entre empresarios, de aumentar volúmenes de producción y comercialización generándose figuras atípicas como son la franquicia, el joint venture, el contrato de ingeneering entre otros muchos.

Dentro los contratos atípicos podemos encontrar otras dos sub-clasificaciones :

Nominados e Innominados

Los nominados son aquellos que la costumbre mercantil, social y criterios de la jurisprudencia los caracterizan y reconocen (comisión, agencia, distribución, etc.), los segundos son entonces, aquellos que no se encuentran caracterizados, pero su estructuración puede ser reconocida.

El fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos atípicos, sustentado en la libertad contractual, coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines prácticos y a las necesidades reales de partes contratantes; en realidad las necesidades de los contratantes son netamente comerciales, como lo siguen siendo en la creación actual de nuevas figuras contractuales.

A pesar de la atipicidad de los contratos escritos, nuestra legislación tanto civil como comercial impone ciertas características a todos los contratos a celebrarse sean o no tipificados, y es solamente por la razón de que deben guardar concordancia con las leyes y formar una estructura contractual completamente legal. Por ejemplo nuestro Código Civil en el Artículo 1753 establece que todo acto o contrato que contiene la entrega o promesa de una cosa que valga mas de dos mil sucres, deberán constar por escrito.

En el Artículo 5 del Código de Comercio se establece que

“para los casos que no estén especialmente resueltos por este código se aplicarán las disposiciones del Código Civil”

Por lo tanto es obligación de las partes contratantes que, al celebrar cualquier contrato, sea cual sea la materia sobre la cual verse el asunto, deberán realizarlo por escrito si es que el valor de la cosa que se entrega o promete entregar sobrepasa los dos mil sucres; normativa obsoleta para fines comerciales actuales pues dos mil sucres; equivale a ocho centavos de dólar de los EEUU, lo que obliga a que en la práctica todo contrato que contiene la entrega o promesa de entregar una cosa mayor a dicho valor deberán celebrarse por escrito.

Así mismo, la interpretación de los contratos atípicos sigue, exactamente, al lineamiento de los contratos que señala nuestro Código Civil, esto es, cuando se revela de manera clara la intención de las partes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

Estas disposiciones, entre otras, se encuentran tipificadas para la celebración de cualquier tipo de contrato, sea de franquicia, suministro, agencia o distribución, etc. Es lo que constituye una simple atipicidad, pues no se remite a un capítulo o título específico de nuestro cuerpo legal o normativo, como es el caso de la compra y venta o comisión en nuestra legislación comercial, contratos a los cuales se les impone ciertas condiciones específicas para la celebración. A los contratos comerciales atípicos se les impondrá las características generales a los que cualquier tipo de contrato debe remitirse, formalidades como las antes descritas.

Por todo lo visto en este apartado podemos decir que el contrato de franquicia comercial es un contrato atípico cuyo marco de regulación estará dado por la Decisiones pertinentes de la Comunidad Andina, Constitución Política de la República, Código Civil, Código de Comercio, leyes especiales y fundamentalmente lo que las partes hayan acordado, como en cualquier otro contrato comercial atípico, que carece de una norma específica que regule las singularidades de este contrato.

3.1.7 Legislaciones Internacionales del contrato de franquicias

Ahora pasaremos a revisar como en otras legislaciones más avanzadas en el tema de regulación del contrato de franquicia comercial enfoca su normativa hacia este contrato.

Legislación en EEUU

En el caso de EEUU debemos entender que es un país federado y cada estado tiene su propia legislación civil, comercial, penal etc. y por ende solo las leyes federales son aquellas que tienen vigencia a nivel nacional sobre los estados.

Así en el caso del contrato de franquicia se ve regulada por una ley federal desde el 21 de Octubre de 1979 Declaración Federal de Franquicia, (Federal Trade Commission Rule).

Esta ley tiene la particularidad de no definir el contrato de franquicia como tal sino que establece ciertas reglas y requisitos tanto para el franquiciante como para el franquiciado a la vez que impone sanciones o multas por incumplimiento de estos requisitos, pero básicamente esta ley revisa dos puntos importantes.

Primero.- Exige que el empresario que quiere entrar al circuito de franquicias y ofertar una o más franquicias a su nombre deberá primero pasar varios controles sobre sus antecedentes comerciales así como obtener una calificación para evitar riesgos sobre franquicias falsas o inexistentes.

Segundo.- Exige antes que se oferte la franquicia el posible franquiciante ofrezca por lo menos veinte temas distintos sobre la franquicia que se oferta tales como: Derechos de la franquicia, comisiones y costes, información financiera, restricciones del franquiciado, tiempo de duración, terminación etc.

Además la FTC Rule (Declaración Federal de Franquicia) estipula según su Artículo 5 que el no revelar estos datos o no entregar una copia del contrato de franquicia al posible franquiciado, es un acto desleal y fraudulento del franquiciante y la pena civil podría llegar a ser de 10.000 dólares.

También según la FTC Rule (Declaración Federal de Franquicia) y las leyes dispositivas de otros catorce estados, un franquiciante debe poseer un impreso del contrato de franquicia con las estipulaciones requeridas para presentar a los posibles franquiciados, en el primer encuentro.

Luego de la firma del contrato de franquicia la FTC Rule (Declaración Federal de Franquicia) exige que el contrato y la franquicia se registre a nivel federal.

Además de la FTC Rule (Declaración Federal de Franquicia) cada estado tiene sus propias leyes regulatorias sobre el contrato de franquicia, pero sobresalen tres leyes principales de tres distintos estado que son adoptadas o copiadas por otros. Y estas son las legislaciones de California, Minnessota, y Nueva York. La gran mayoría de legislaciones como es el caso de las que siguen la ley estatal California y Nueva York exigen un registro separado por cada estado ante el State Securities Commissioner antes que un franquiciante ofrezca y venda una franquicia en determinado estado.

Pero en todo caso las leyes estatales coexisten con la FTC Rule (Declaración Federal de Franquicia) y la aplicación de ésta se limita a ciertas situaciones muy técnicas.

Además otros estados poseen otras leyes distintas que regulan las industrias de franquicias como distribuidores de gasolina, automóviles, comercialización de cerveza, etc. Otras leyes en cambio prohíben diferentes prácticas abusivas, restringen los derechos de finalización y no renovación del contrato, o afectan otros aspectos de la relación de franquicia como derechos y fuentes de abastecimiento de la asociación comercial de franquicia.

Por último las leyes federales y estatales antitrust (antimonopólicas) imponen restricciones en las operaciones de franquicia, ya que limitan todas las otras formas de distribución de ventas en Estados Unidos.

Entre las más importantes para la franquicia tenemos:

Restricciones territoriales y de clientela.-

Las asignaciones horizontales de clientes o territorios por franquiciados están prohibidas. Usualmente, un franquiciante puede acordar con un franquiciado particular limitar el número de franquicias que se concederán en un territorio específico y animarle a acentuar el alcance de las ventas en este territorio, con cláusulas de responsabilidad principal, localización o transferencia de pagos.

Fijación de Precio.-

El límite de la fijación del precio son los precios sugeridos. Ningún franquiciante puede imponer a un franquiciado un precio mínimo, máximo, o precio fijo.

Discriminación de precios.-

Los franquiciante no pueden hacer discriminaciones entre franquiciados similares, en precios o descuentos, excepto si están justificados por diferencias en los costes de fabricación, venta o entrega. Todas las concesiones y servicios han de ser asequibles a los franquiciados sobre una base proporcionalmente igual.

Las normas y leyes aquí nombradas son aplicables tanto para franquicias Estadounidenses como franquicias extranjeras que se vaya a aplicar en territorio norteamericano.

Pero en el caso de aquellas franquicias de Estados Unidos que se implantan en el resto del mundo existen generalmente muchas menos complicaciones, ya que en muchos países la regulación es menos estricta o por el contrario no existe regulación alguna sobre el tema. Pero esto está cambiando y cada día crece la preocupación por la regulación de este contrato y en muchos países ya están en estudio de la creación sobre una ley al respecto y en otros se ven posibles reformas a las que existen.

Para nuestro estudio considero importante también revisar la legislación referente a este contrato en un país de Latinoamérica, ya que en la gran mayoría de países que componen esta ubicación geográfica no existe una legislación clara sobre el tema, pero hay alguna excepción como es lo constituye el caso de México.

Legislación Mexicana

México por el hecho de estar tan cerca geográficamente de Estados Unidos, ha recibido y aún recibe una fuerte influencia comercial, por lo mismo México de una u otra forma se ha visto obligado a regular o por lo menos incluir en su legislación varios contratos que para la gran mayoría de los países latinoamericanos son contratos atípicos y desconocidos.

Así en México la primera ley que hacía referencia sobre el contrato de franquicia fue la Ley de Transferencia de Tecnología promulgada en 1982, en la cual se exigió que para que cualquier contrato de tecnología en México tenga validez debían ser registrados en el Registro Nacional de Transferencia de

Tecnología y para efectos de esta ley un contrato de franquicia se considera como transferencia de tecnología.

Dentro de esta misma ley se estableció la necesidad de someter los contratos de franquicia a la aprobación de autoridad así como de su inscripción, prohibiéndose el registro de aquellos contratos que fueran lesivos para los intereses de los adquirentes de la tecnología y para la economía nacional, por lo que con ese propósito se elaboró una lista de causales de negativa de registro, mismas que se encontraban contempladas en los artículos 15 y 16 de esta ley y son:

Se negará la inscripción y su validez de los contratos de franquicia en el caso de que el franquiciante:

- 1.- Intervenga en la administración del negocio franquiciado;
- 2.- Requiera la cesión gratuita de derechos de propiedad intelectual generados por el franquiciado;
- 3.- Imponga limitaciones al franquiciado en el desarrollo de investigación tecnológica;
- 4.- Establezca proveedores obligatorios para el franquiciado;
- 5.- Prohíba al franquiciado el uso de tecnología complementaria;
- 6.- Prohíba al franquiciatario el uso de tecnología complementaria;
- 7.- Obligue al franquiciatario a vender a un solo cliente;
- 8.- Tenga atribuciones de designar el personal permanente del franquiciatario;

- 9.- Limite los volúmenes de producción al franquiciatario;
- 10.- Requiera al franquiciatario la celebración de contratos exclusivos de venta o representación;
- 11.- Requiera confidencialidad más allá del término del contrato;
- 12.- No asuma responsabilidad por la violación a derechos de propiedad intelectual de terceros;
- 13.- No garantice la calidad de la tecnología;
- 14.- Transfiera tecnología disponible en el país;
- 15.- Establezca contraprestaciones (regalías) desproporcionadas;
- 16.- Fije términos excesivos de vigencia; y,
- 17.- Requiera sumisión a tribunales extranjeros.

En estas causales de negativa de registro, se tenía claro la política proteccionista del Estado para con sus ciudadanos e intereses, con el propósito de eliminar cualquier ventaja que pudiera tener el proveedor extranjero en la venta de su tecnología a una compañía mexicana, buscándose un interés por aprobar solo aquellos convenios de tecnología en donde las condiciones favorecieran la postura del adquirente o licenciataria mexicano.

Actualmente si bien esta ley está vigente los artículos referentes a la franquicia han sido eliminados y no existe mención sobre este contrato.

En 1990 se creó el Reglamento de la Ley de Transferencia de Tecnología, este reglamento es la primera disposición legal en cual se definió el contrato de franquicia, así en su Art. 23 señala al contrato de franquicia como:

“el acuerdo en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de explotación de marcas o nombres comerciales al adquirente, transmita conocimientos técnicos, proporcione asistencia técnica, con el propósito de procurar bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los mismos métodos operativos, comerciales y administrativos del proveedor.”

Cabe mencionar que esta definición es bastante correcta ya que abarcó con claridad los dos elementos esenciales de este sistema de comercialización, primero la licencia de uso de una marca, segundo la asistencia técnica o transferencia de tecnología.

Otra aportación de esta ley fue la eliminación del registro del contrato de franquicia en el Registro Nacional de Transferencia de Tecnología.

En 1991 se publicó la Ley de Propiedad Intelectual en México, y con ésta se implementaron algunas obligaciones nuevas al contrato de franquicia, entre las más importantes tenemos la señalada en su Art. 142 el que se refiere a la obligación del franquiciante a dar la información necesaria a sus franquiciados antes de celebrar el contrato.

Esta información a entregar será:

- ❖ Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;

- ❖ Descripción de la franquicia;
- ❖ Antigüedad de la empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia;
- ❖ Derechos de propiedad intelectual que involucra la franquicia
- ❖ Montos y conceptos de los pagos que el franquiciado debe cubrir al franquiciante
- ❖ Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciado.
- ❖ Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia
- ❖ Derechos del franquiciado a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo
- ❖ Obligaciones del franquiciado respecto de la información del tipo confidencial que le proporcione el franquiciante
- ❖ En general las obligaciones y derechos del franquiciado que deriven de la celebración del contrato de franquicia

Como señala la propia doctora Alejandra Torres de la Rosa si bien existe una definición del Contrato así como algunas normas para su regulación, la legislación mexicana todavía carece de un marco legal que ofrezca seguridad y garantía a las partes dentro de este contrato

3.1.9. La costumbre mercantil

El derecho mercantil tiene un origen fundamentalmente consuetudinario, la mayoría de sus normas tiene como base los usos comerciales. En la Edad Media el tráfico mercantil se reguló principalmente por usos recogidos en los Estatutos de las Corporaciones. La costumbre tuvo un papel preponderante en la regulación de las relaciones de comercio, hasta la época en que aparecieron las grandes codificaciones mercantiles. Dicha preponderancia fue perdida entonces al aparecer la ley escrita como manifestación del Estado.

Las normas consuetudinarias se sancionan por un largo uso, por la repetición constantes de ciertos actos, acompañada tal repetición de un elemento subjetivo, consistente en la convicción jurídica de que tal conducta es obligatoria y su no cumplimiento puede ser motivo de sanción.

Según el autor ecuatoriano Víctor Cevallos las costumbres normativas tienen las siguientes características:⁵²

“Existen y se aplican aunque los contratantes no las tengan en cuenta en un negocio jurídico,

Cuando no hay ley escrita suplen la voluntad de los contratantes, aún en el evento de que éstos no conozcan su existencia;

Cuando el juez las conoce puede aplicarlas de oficio”

El Código de Comercio asigna gran importancia a la costumbre mercantil cuando dice en el Artículo Cuatro. *“Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la*

⁵² CEVALLOS, Víctor. *“Manual de Derecho Mercantil”* 3ra. Edic. Editorial Jurídica del Ecuador. pág. 53

ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años.”

La costumbre para tener el carácter de costumbre mercantil jurídica y por consiguiente efectos normativos debe reunir la siguientes características:

❖ Uniformidad

Es decir, los actos deben ser iguales, o mejor dicho ejecutados de igual forma por todas las personas por un período no menor a diez años.

❖ Publicidad

Deben ser actos o hechos reconocidos por todos los habitantes de un territorio, es decir deben ser actos conocidos, públicos y notorios.

❖ Generalidad

Los actos deben ser practicados por una comunidad determinada de igual forma. Por la extensión la costumbre puede ser nacional, local o internacional.

Hay que añadir a estas características la ya señalada, el elemento interno o convicción de los individuos de que tales conductas son obligatorias, aún cuando no estén refrendadas por la autoridad estatal.

En materia mercantil la costumbre adquiere el carácter de norma y suple el silencio de la ley; en materia civil en tanto, la costumbre solo constituye derecho en los casos en que la ley se remite a ella (Art. 2 Código Civil).

En el Ecuador la costumbre no puede modificar la ley mercantil, es decir no aplica la costumbre “*contra legem*” por que esta es insuficiente para derogar a la ley por si sola, pero en cambio es al decir de Víctor Cevallos⁵³

“es viable que en un contrato las partes se remitan inclusive a una costumbre extranjera, en caso de falta de ley o de costumbre nacionales”

Como hemos anteriormente señalado el Derecho Civil se aplica en forma subsidiaria en el campo mercantil, es decir que agotadas las normas mercantiles se aplicarán en forma complementaria las de índole civil, las que estarán por encima de las cláusulas contractuales y de las costumbres mercantiles.

Las costumbres son normativas, es decir en la medida que cumplan con las características ya señaladas y en ausencia de ley especial o común se acudirá a la costumbre como forma de regulación de las situaciones de orden mercantil. Junto con las costumbres normativas, algunos autores destacan la importancia de los usos interpretativos o convencionales.

Para Garriges, el uso interpretativo

*“representa el contenido típico del contrato. Se trata de practicas profesionales que dominan tácitamente la formación de los actos jurídicos y que se sobreentienden en todos estos actos para interpretar o completar la voluntad de las partes.”*⁵⁴

Este uso interpretativo en resumen, determina el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio a falta de definición legal de los mismos, principalmente

⁵³ CEVALLOS, Victor. “*Manual de Derecho Mercantil*” 3ra. Edic. Editorial Jurídica del Ecuador. pág. 54.

⁵⁴ Citado por CEVALLOS, Victor. “*Manual de Derecho Mercantil*” 3ra. Edic. Editorial Jurídica del Ecuador. pág. 55.

como señala el tratadista Cevallos en materia de contratos financieros y en el comercio internacional, acorde con la intención presunta de las partes.

Estos usos interpretativos tienen las siguientes características:

- ❖ Solamente rigen cuando han sido tomados en cuenta por los contratantes al momento de otorgamiento del contrato.
- ❖ No constituyen norma jurídica. Se orientan a interpretar la voluntad de los contratantes expresada en el negocio jurídico.
- ❖ La carga de la prueba corresponde al que la alegue, pudiendo utilizar informes de peritos, cámaras de comercio, organismos especializados. Etc.

El uso interpretativo tiene una categoría inferior a la de costumbre, no cumple fines normativos de carácter obligatorio o vinculante.

El efecto que debe darse a los usos que se desarrollan espontáneamente en la práctica del comercio, ha sido un punto controvertido en el comercio internacional de cara al intento de lograr uniformidad en la legislación de los diferentes países.

En la práctica se debaten dos cuestiones:

- ❖ Cual es el criterio que debe aplicarse para determinar los usos que obligan a las partes en un contrato;

❖ Pueden esos usos prevalecer sobre una ley uniforme, al contrario se aplicarán solo cuando la ley uniforme no se opone a ellos.⁵⁵

3.2.- NORMAS COMPLEMENTARIAS (INVERSIONES, PATENTES, MARCAS)

El Ecuador tiene algunas leyes especiales que si bien no establecen un marco legal al contrato de franquicia como tal, de alguna manera regulan indirectamente ciertas partes específicas que forman parte del contrato.

Dentro de estas normas encontramos,

❖ Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Actual Comunidad Andina) sobre “Régimen Común de tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y regalías”;

❖ Decisión No 486 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre “Régimen Común Sobre Propiedad Industrial”

⁵⁵ Al respecto revisar MARZORATI, Osvaldo. *“Derecho de los Negocios Internacionales.”* Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1993 Pág. 89 y siguientes en que analiza la Convención de Viena, de 1980, Convención sobre Compraventa Internacional” El Artículo 9 de la mencionada Convención en base a la cual en forma analógica podríamos aplicar a la franquicia (con las reservas del caso), e referencia a los usos comerciales indica: 1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que han establecidos entre ellas.

2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Por usos y prácticas que las partes han establecido entre ellas debe entenderse todo modo de actuar adoptado por las partes. Excepto que las partes expresamente excluyan su aplicación tales usos son automáticamente aplicables no solo para complementar los términos del contrato sino también para ayudar a determinar la intención de las partes.”

- ❖ La ley de Promoción y Garantías de las Inversiones.
- ❖ Ley de Propiedad Intelectual.

Así vamos a estudiar la regulación del contrato de franquicia dentro de este amplio marco legal.

Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena

Esta ley de carácter supranacional tiene como objetivo establecer normas generales para la regulación y promoción de la inversión extranjera en los países del llamado Pacto Andino, hoy Comunidad Andina de Naciones (CAN); estas normas son de carácter general y para su correcta aplicación depende de la legislación de cada país. En el caso del Ecuador esta normativa fue implementada mediante la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.

El primer artículo de esta Decisión es importante por que nos permite entender lo que es una inversión extranjera en este contexto:

Artículo 1.- “Para efectos del presente régimen se entiende por:

Inversión Extranjera Directa.-

Los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible en bienes físicos o tangibles, tales como plantas industriales maquinarias nuevas y reacondicionadas, equipos nuevos y reacondicionados, repuestos, partes y piezas, materias primas y productos intermedios.

Igualmente, se considerarán como inversión extranjera directa las inversiones en moneda nacional provenientes de recursos con derecho a ser remitidos al exterior y las inversiones que se efectúen de conformidad con el presente régimen.

Los Países Miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, podrán considerar como aporte de capital, las contribuciones tecnológicas intangibles, tales como marcas, modelos industriales, asistencia técnica y conocimientos técnicos patentados o no patentados que puedan presentarse bajo la forma de bienes físicos, documentos técnicos e instrucciones.

Hay que tomar en cuenta que esta Decisión asimila las contribuciones tecnológicas intangibles a las marcas, asistencia técnica y conocimientos técnicos, etc. y estas se aceptan como inversiones extranjeras. Siendo éstos precisamente algunos de los elementos que conforman el contrato de franquicia, y por lo tanto la licencia de marca al franquiciado o la entrega del Know how viene a ser una contribución tecnológica intangible y por lo tanto una inversión extranjera al tenor de la Decisión de la referencia.

En lo que concierne a la transferencia de tecnología es importante revisar los artículos Doce y siguientes, correspondientes al Capítulo 4 de la Decisión 291, en concordancia con el Art. 34 de La Ley de Promoción y Garantía de Inversiones.

Artículo 12. *“Los contratos de Licencia de Tecnología, de asistencia técnica, de servicios técnicos, de Ingeniería básica y de detalle y demás contratos tecnológicos de acuerdo con las respectivas legislaciones de los Países Miembros, serán registrados ante el organismo nacional competente del respectivo país miembro, el cual deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada mediante la estimación*

de sus utilidades probables, el precio de los bienes que incorporan tecnología, u otras formas específicas de cuantificación del efecto de la tecnología importada.”

El Art. 34 de La Ley de Promoción y Garantía de Inversiones por su parte establece que los contratos de licencias de marcas, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales y nombres y lemas comerciales y en general los contratos de transferencia de tecnología se registraran en el Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización y Pesca para efectos de ser considerados inversión.

Además el Artículo 13 de la citada Decisión 291 establece que para la validez del contrato de transferencia de tecnología éste deberá contener los siguiente ítems:

Artículo 13.- Los contratos sobre importación de tecnología deberán contener por lo menos, cláusulas sobre las materias siguientes:

- ❖ Identificación de las partes, con expresa consignación de su nacionalidad y domicilio;
- ❖ Identificación de las modalidades que revistan la transferencia de la tecnología que se importa;
- ❖ Valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología;
- ❖ Determinación del plazo de vigencia.

Como podremos comprobar mas adelante precisamente estas cláusulas son comunes en los contratos de franquicia y no conllevan a una limitación del mismo.

Pero esta norma comunitaria va mas allá incluyendo en su cuerpo legal la prohibición de incluir ciertas cláusulas al contrato que limitan la transferencia tecnológica y por lo tanto también al de franquicia.

Artículo 14- Para efectos del registro de contratos sobre transferencia de tecnología externa, marcas o, sobre patentes, los Países Miembros, deberán tener en cuenta que dichos contratos no contengan lo siguiente:

- ❖ Cláusulas en virtud de las cuales el suministro de tecnología o el uso de una marca, lleve consigo la obligación para el país o la empresa receptora de adquirir, de una fuente determinada, bienes de capital, productos intermedios, materias primas u otras tecnologías o de utilizar permanentemente personal señalado por la empresa proveedora de tecnología:

- ❖ Cláusulas conforme a las cuales la empresa vendedora de tecnología o concedente del uso de una marca se reserve el derecho de fijar los precios de venta o reventa de los productos que se elaboren con base en la tecnología respectiva;

- ❖ Cláusulas que contengan restricciones referentes al volumen y estructura de la producción;

- ❖ Cláusulas que prohíban el uso de tecnologías competidoras
 - a) Cláusulas que establezcan opción de compra, total o parcial, a favor del proveedor de tecnología

b) Cláusulas que obliguen al comprador de tecnología a transferir al proveedor, los inventos o mejoras que se obtengan en virtud del uso de dicha tecnología;

c) Cláusulas que obliguen a pagar regalía a los titulares de las patentes o de las marcas, por patentes o marcas no utilizadas o vencidas; y

d) Otras Cláusulas de efectivo equivalente.

Salvo casos excepcionales, debidamente calificados por el organismo nacional competente del país receptor, no se admitirán cláusulas en las que se prohíba o limite de cualquier manera la exportación de los productos elaborados en base a la tecnología respectiva.

En ningún caso se admitirán cláusulas de esta naturaleza en relación con el intercambio subregional o para la exportación de productos similares a terceros países.

Las disposiciones sobre cláusulas prohibitivas que contiene este Artículo si constituirían una limitante para el contrato de franquicia, ya que muchas veces el franquiciante con el fin de asegurar la calidad del producto final que se comercializa, exige al franquiciado que adquiera continuamente un producto o materia prima al propio franquiciante o a un tercero designado por él, y esto se consigue incluyendo dentro del contrato de franquicia un subcontrato de distribución. Al existir esta limitación el franquiciante podría no estar de acuerdo o convencido de firmar el contrato de franquicia al ver que podría no conservar su nivel de calidad del producto o servicio final.

El Dr. Eduardo Morillo, director del Departamento de Comercio Exterior, del MICIP. en una entrevista hecha por el autor de esta tesis comenta que en la práctica el Ministerio de Comercio Exterior si bien cumple con su función de registro, no tiene facultades para la aceptación o negación del mismo, únicamente se limita a registrar dichos contratos, tal y como dispone el Art. 13 de La Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.

La única operación que todavía exige un proceso de calificación por parte del Ministerio de Comercio Exterior, es la que establece el artículo 15 de esta Decisión que se refiere a que:

“Las contribuciones tecnológicas intangibles, en la medida en que no constituyan aportes de capital, darán derecho al pago de regalías, de conformidad con la legislación de los Países Miembros”

Las regalías devengadas podrán ser capitalizadas, de conformidad con los términos previstos en el presente Régimen, previo pago de los impuestos correspondientes.

Cuando esas contribuciones sean suministradas a una empresa extranjera por su casa matriz o por otra filial de la misma casa matriz, se podrá autorizar el pago de las regalías en casos previamente calificados por el organismo nacional competente del país receptor.

Según la información entregada por el Dr. Eduardo Morillo, Director del Departamento de Comercio Exterior, el Ministerio no autoriza el pago de regalías a la casa matriz (también franquiciante) cuando estas excedan del 50% de las utilidades obtenida por la filial o franquiciado, y trata de mediar para bajar el monto de la regalía.

A pesar de esta acción protectora con los empresarios y compañías ecuatorianas, el Ministerio recibe fuertes presiones tanto de las casas matrices, franquiciantes, así como de los mismos franquiciados y filiales que por falta de esta autorización del Ministerio se ven perjudicados al no poder pagar y cumplir con las regalías pactadas en el contrato.

La Ley de Promoción y Garantías de las Inversiones

Para poder entender como esta ley regula algunos aspectos del contrato de franquicia debemos revisar los siguientes artículos.

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

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

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

De estos artículos podemos establecer que de acuerdo con esta ley se considera como inversión extranjera en el país además de otras, la hecha mediante transferencia de tecnología de intangibles tales como marcas, conocimientos técnicos.

Por lo que hemos estudiado en sus respectivos capítulos de esta investigación sabremos que tanto el uso de marca, como la entrega del know how y/o tecnología son partes fundamentales del contrato franquicia. Por ende, podemos concluir que todos o casi todos los contratos de franquicias en la actualidad deben ser registrados en el Ministerio de Comercio Exterior, en concordancia este artículo con el número 34 ya citado.

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

Por último El Dr. Eduardo Morillo, director del departamento de Comercio Exterior, comenta que en el Ecuador no existe una entidad que calcule el valor del intangible (marca, licencia, patente, know how etc.) considerado por este artículo como transferencia tecnológica y que si bien se lo registra en el departamento de Comercio Exterior, este no entra al país como una verdadera inversión y no es motivo de registro en el Banco Central por la imposibilidad de cuantificar.

Para entender este punto es importante revisar los artículos de 4 y 10 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.

Artículo 4.- Con el fin de atender de manera adecuada la prioridad nacional otorgada por esa ley a las inversiones y contar con mecanismos de coordinación, seguimiento, control y ejecución que posibiliten el uso eficiente de los recursos humanos, técnicos y económicos destinados a apoyar las tareas de promoción de inversiones y atracción de inversión

externa, se conforma el Sistema Nacional de Promoción de Inversiones que se estructurará con los niveles que se señalan a continuación.

Artículo 10.- El Banco Central del Ecuador es el organismo nacional competente para el registro de las inversiones extranjeras, subregionales y neutras.

El Banco Central Ecuador deberá publicar en uno de sus órganos de difusión y por lo menos semestralmente, el Registro efectuado de las inversiones extranjeras subregionales y neutras.

Por lo aquí expuesto, el Banco Central del Ecuador es la entidad a cargo del Registro de Inversiones Extranjeras en el Ecuador, pero al carecer de una institución o procedimiento para que las inversiones realizadas mediante transferencia de tecnologías, marcas, patentes, etc., puedan cuantificarse y calcular el valor de la inversión en una unidad monetaria no son susceptibles de registro en el Central.

A pesar de eso algunos estudios jurídicos especialistas en el tema de Franquicias y transferencia de tecnología aconsejan a las partes del contrato a registrar dicho contrato. Como dato estadístico, en el 2003 se registraron 24 contratos de transferencia tecnológica en el Ecuador

Régimen Común Sobre Propiedad Industrial expedida por la Comisión de la Comunidad Andina Decisión No 486 del Registro Oficial del 2 de febrero del 2001

Esta Decisión es un tratado internacional que pone en igualdad a las legislaciones de sus países miembros de la Comunidad Andina en lo que se refiere a la Propiedad Industrial.

Esta decisión es el marco de nuestra actual Ley de Propiedad Intelectual y estudiaremos aquellos artículos de ésta que tiene relevancia desde el punto de vista de la franquicia comercial.

Patentes

Las patentes y su inscripción están reguladas a partir del Título Segundo, Capítulo Primero de la Decisión 486

Esta Decisión no define el concepto de patente, pero establece ciertos requisitos que debe cumplir la invención para que proceda el trámite de patente y son:

- a) La invención debe ser nueva
- c) Tenga un nivel inventivo
- d) Sea susceptible de aplicación industrial

Esto se ve claramente expuesto en el artículo 14 de esta Decisión

Artículo 14. - Los países miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial

Por otra parte este mismo cuerpo legal limita la patentabilidad al no considerar como invenciones los supuestos del Artículo 15

Artículo 15.- No se considerarán invenciones:

- a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos
- b) El todo o parte de los seres vivos tales como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural
- c) Las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor
- d) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales
- e) Los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales,
- f) Las formas de presentar la información

De esta forma, la Decisión 486 determina y regula la patentabilidad de las invenciones, de la misma forma es recogida por la Ley de Propiedad Intelectual, la cual la revisaremos en su debido tiempo dentro de nuestro estudio:

Una norma de singular importancia es el Artículo 22 de esta Decisión la misma que establece quienes son titulares de las patentes.

Artículo 22.- El derecho a la patente pertenece al inventor. Este derecho podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria.

Los titulares de las patentes podrán ser personas naturales o jurídicas.

Si varias personas hicieran conjuntamente una invención, el derecho a la patente corresponde en común a todas ellas.

Si varias personas hicieran la misma invención, independientemente unas de otras, la patente se concederá a aquella o a su causahabiente que primero presente la solicitud correspondiente o que invoque la prioridad de la fecha mas antigua.

Desde el punto de vista del contrato de franquicia comercial este articulado es de vital importancia por dos puntos.

1.- El derecho de la patente puede ser transferido por acto entre vivos o transmitido vía sucesión. Esta norma tiene una concordancia con el Artículo 56 de la misma Decisión. De esta forma el franquiciante podrá adquirir o deshacerse de una o varias patentes de las cuales posea los derechos de invención, lo que permite que la cadena franquiciada pueda constantemente actualizar su maquinaria productiva y estar siempre a la vanguardia tecnológica.

Por otra parte también resuelve en parte el supuesto que el franquiciante falleciera, ya que todas las patentes que poseyera hasta la fecha se transmitirían de acuerdo a las normas del Libro Tercero del Código Civil que regula la figura de la sucesión.

2.- Los titulares de las patentes podrán ser personas naturales o jurídicas.- Varias de las cadenas franquiciantes más grandes no pertenecen a personas naturales sino a personas jurídicas, las cuales ven representado su derecho de titularidad de una patente en los países miembros de la CAN.

Los derechos contra terceros que confiere la patente se regulan en el Artículo 52 de la Decisión.

Artículo 52.-. La patente confiere a su titular el derecho de impedir a terceras personas que no tengan su consentimiento, realizar cualquiera de los siguientes actos:

a) Cuando en la patente se reivindica a un producto:

I) Fabricar el producto

i) Ofrecer en venta, vender o usar el producto o importarlo para alguno de estos fines, y ,

b) Cuando en la patente se reivindica un procedimiento

i) Emplear el procedimiento o,

ii) Ejecutar cualquiera de los actos indicados en el literal a) respecto a un producto obtenido directamente el procedimiento

A pesar de que el propio contrato de franquicia conlleva obligaciones post contractuales, de cierta manera el franquiciante se ve protegido con esta normativa legal, ya que en el caso de que una vez terminado el contrato el ex-franquiciante sobre la base de esta norma legal comunitaria podrá impedir que el exfranquiciado siga fabricando un producto patentado o utilice los procedimientos de producción patentados.

En el Capítulo IV de las Licencias y Transferencia de las Marcas :

Artículo 162 “ *el titular de una marca registrada o un trámite de registro podrá dar licencia a uno o mas terceros para la explotación de la marca respectiva .*

Deberá registrarse ante la oficina nacional competente toda licencia de uso de la marca. La falta de registro ocasionará que la licencia no surta efecto frente a terceros.

A efectos del registro, la licencia deberá constar por escrito.

Cualquier persona interesada podrá solicitar el registro de una licencia.”

Este artículo a mi criterio es de suma importancia, por que establece en la legislación de nuestro país el contrato de licencia de uso de marca comercial, el cual es básico y necesario para el caso de un contrato de franquicia. Según lo establecido por este articulo, el franquiciante debe registrar o estar en trámite de registro de la marca, nombre comercial, etc. y posteriormente debe conceder una licencia de uso de la marca la cual se debe registrar de la misma manera ante la autoridad competente.

Otra aportación interesante de este cuerpo legal aplicable a la regulación del contrato de franquicias es la del Capítulo Dos, referente a los Secretos Empresariales.

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

a) Secreta, en el sentido que como conjunto o en la con figuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva.

b) Tenga un valor comercial por ser secreta y,

c) Haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

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

El contrato de franquicia comercial dentro de sus elementos contempla la entrega del Know How, el cual pasa a ser en la mayoría de las ocasiones un secreto empresarial y el cual lo podemos encontrar tanto en la franquicia de servicio como en la de comercialización de bienes.

Esta decisión de la Comisión del Acuerdo de Cartagena va mas allá, ya que permite la transmisión o transferencia del secreto empresarial y esto se encuentra en el Artículo 264

Artículo 264. *“Quien posea legítimamente un secreto empresarial podrá transmitir o autorizar el uso a un tercero. El tercero autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto empresarial por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto.*

En los convenios que se transmitan conocimientos técnicos, asistencia técnica o provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrá establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos empresariales allí contenidos, siempre y cuando las mismas no sean contrarias a las normas sobre libre competencia.”

Este artículo no hace otra cosa mas que mencionar la cláusula de confidencialidad de secretos empresariales que se acostumbra colocar en el contrato de franquicia.

El incumplir esta cláusula de confidencialidad o no respetar los secretos empresariales conlleva la figura de la competencia desleal. Con respecto a este tema esta Decisión manifiesta:

Artículo 262 “Quien lícitamente tenga control de un secreto empresarial, estará protegido contra la divulgación, adquisición o uso de tal secreto de manera contraria a las prácticas leales de comercio por parte de terceros. Constituirán competencia desleal los siguientes actos realizados a un secreto empresarial.

a) Explotar, sin autorización de su poseedor legítimo, un secreto empresarial al que se ha tenido acceso con sujeción a una obligación de reserva resultante de una relación contractual o laboral:

b) Comunicar o divulgar, sin autorización de su poseedor legítimo, el secreto empresarial referido en el inciso a) con ánimo de obtener provecho propio o de un tercero o de perjudicar a dicho poseedor.

c) Adquirir un secreto empresarial por medios lícitos o contrarios a los usos comerciales honestos;

d) Explotar comunicar o divulgar un secreto empresarial que se ha adquirido por los medios referidos en el inciso c)

e) Explotar un secreto empresarial que se ha obtenido de otra persona sabiendo, o debiendo saber, que la persona que lo comunicó adquirió el secreto por los medios referidos en el inciso c), o que no tenían autorización de su poseedor legítimo para comunicarlo; o,

f) Comunicar o divulgar e secreto empresarial obtenido conforme al inciso e), en provecho propio o de un tercero, o para perjudicar al poseedor legítimo del secreto empresarial.

g) Un secreto empresarial se considerará adquirido por medios contrarios a los usos comerciales honestos cuando a adquisición resultará, entre otros, del espionaje industrial, el incumplimiento de un contrato u otra obligación, el abuso de confianza, la infidencia, el incumplimiento de un deber de lealtad, o la instigación a realizar cualquiera de estos actos”.

Por último para sancionar la competencia desleal esta ley se remite a la legislación interna de cada país.

Artículo 269 “ *si la legislación interna del País lo permite, la autoridad nacional competente podrá iniciar de oficio, las acciones por competencia desleal previstas en dichas legislaciones*

Ley de Propiedad Intelectual

La ley de Propiedad Intelectual continua y completa las normas vigentes de la Decisión 486 y contiene algunas disposiciones relevantes al contrato de franquicia las cuales vamos a revisar a continuación

Patentes

Con respecto a las Patentes de Invención la Ley de Propiedad Intelectual de nuestro país, recoge fielmente lo expuesto en la Decisión 486 de la CAN , ya que repite las normas y concepto por ella expuesta.

Al igual que la Decisión 486, la ley de Propiedad Intelectual no define lo que es la patente pero igualmente establece sus requisitos en el Artículo 121.

Artículo 121.- Se otorgará patente para toda invención, sea de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sea nueva, tenga nivel inventivo y sea susceptible de aplicación.

Con respecto a los titulares de las patentes, una vez mas nuestra Ley de Propiedad Intelectual en el Artículo 127, solo repite lo ya establecido por la Decisión 486 destacando la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser titular de un derecho de invención de una patente y la posibilidad de la transferencia de los derechos de la patente en acto entre vivos y la transmisión de los derechos en sucesión por causa de muerte

Artículo 127.- El derecho a la patente pertenece al inventor. Este derecho es transferible por acto entre vivos y transmisible por causa de muerte.

Los titulares de las patentes podrán ser personas naturales o jurídicas.

Si varias personas han inventado conjuntamente, el derecho corresponde en común a todas ellas o a sus causahabientes. No se considerará como inventor ni como co-inventor a quien se haya limitado a prestar ayuda en la ejecución de la invención, sin aportar una actividad inventiva.

Si varias personas realizar la misma invención, independientemente unas a otras, la patente se concederá a aquellas que presente la primera solicitud o que invoque la prioridad de fecha mas antigua, o a su derechohabiente

Con respecto a los derechos conferidos por la patente en el Artículo 149 otra vez encontramos una gran similitud con el correspondiente articulo de la Decisión 486.

Artículo 149.- *La patente confiere a su titular el derecho a explotar en forma exclusiva la invención e impedir que terceras personas realicen sin su consentimiento cualquiera de los siguientes actos:*

a) Fabricar el producto patentado

b) Ofrecer en venta, vender o usar el producto patentado, o importarlo o almacenarlo para alguno de estos fines;

c) Ofrecer en venta, vender o usar el producto patentado, o importarlo o almacenarlo para alguno de estos fines;

d) Emplear el procedimiento patentado

e) Ejecutar cualquiera de los actos indicados en los literales a) y b) respecto a un producto obtenido directamente mediante el procedimiento patentado;

f) Entregar u ofrecer medios para poner en práctica la invención patentada; y,

g) Cualquier otro acto o hecho que tienda a poner a disposición al público todo o parte de la invención patentada o sus efectos.

Información no divulgada

La Ley de Propiedad Intelectual en el Artículo 183 regula la información no divulgada, la cual está íntimamente relacionada con los secretos empresariales o comerciales, que son también parte del contrato de franquicia

Art. 183. Se protege la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales, industriales o cualquier otro tipo de información confidencial contra su adquisición, utilización o divulgación no autorizada del titular, en la medida que:

a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;

b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,

c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

La información no divulgada puede referirse, en especial, a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

También son susceptibles de protección como información no divulgada el conocimiento tecnológico integrado por procedimientos de fabricación y producción en general; y, el conocimiento relativo al empleo y aplicación de técnicas industriales resultantes del conocimiento, experiencia o habilidad intelectual, que guarde una persona con carácter confidencial y que le permita mantener u obtener una ventaja competitiva o económica frente a terceros.

Se considera titular para los efectos de este Capítulo, a la persona natural o jurídica que tenga el control legítimo de la información no divulgada.

Del análisis de este artículo podemos concluir que al definir lo que es la información no divulgada, se encuentra inmerso y tutelado el concepto del know how relacionado con los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución, de un producto o servicio.

Esto claramente permite que ya sea una franquicia de comercialización de bienes o de servicios puedan ver su know how o secretos comerciales protegidos contra delitos como el espionaje industrial.

Por otra parte el Artículo 185 de la Ley de propiedad Intelectual, en concordancia con el Art. 260 de la Decisión No 486 del Régimen Común Sobre Propiedad Industrial, establece que se considera como competencia desleal

Artículo. 185. Sin perjuicio de otros medios contrarios a los usos o prácticas honestos, la divulgación, adquisición o uso de información no divulgada en forma contraria a esta Ley podrá resultar, en particular, de:

a)El espionaje industrial o comercial;

b) El incumplimiento de una obligación contractual o legal;

c) El abuso de confianza;

d) La inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los literales a), b) y c); y,

e) La adquisición de información no divulgada por un tercero que supiera, o que no supiera por negligencia, que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los literales a), b), c) y d).e)

El Artículo 186 de esta Ley es bastante interesante, ya que extiende la responsabilidad no solo a quien adquiere la información sino también quien se aprovecha de la misma.

***Artículo. 186.** Serán responsables por la divulgación, adquisición o utilización no autorizada de información no divulgada en forma contraria a los usos y prácticas honestos y legales, no solamente quienes directamente las realicen, sino también quien obtenga beneficios de tales actos o prácticas.*

La divulgación de secretos empresariales está íntimamente relacionada con la desleal, nuestro código de propiedad intelectual sigue las directrices de la Decisión 486 y también nos indica los actos que son considerados como competencia desleal en el libro IV Artículo .285.

***Artículo 285.** - Se consideran actos de competencia desleal, entre otros, aquellos capaces de crear confusión, independiente del medio utilizado, respecto del establecimiento, de los productos, los servicios o la actividad*

comercial o industrial de un competidor; las aseveraciones falsas en el ejercicio del comercio capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o los servicios, o la actividad comercial o industrial de un competidor, así como cualquier otro acto susceptible de dañar o diluir el activo intangible o la reputación de la empresa; las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo en el ejercicio del comercio pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la calidad de los productos o la prestación de los servicios; o la divulgación, adquisición o uso de información secreta sin el consentimiento de quien las controle.

Estos actos pueden referirse, entre otros, a marcas, sean o no registradas; nombres comerciales; identificadores comerciales; apariencias de productos o establecimientos; presentaciones de productos o servicios; celebridades o personajes ficticios notoriamente conocidos; procesos de fabricación de productos; conveniencias de productos o servicios para fines específicos; calidades, cantidades u otras características de productos o servicios; origen geográfico de productos o servicios; condiciones en que se ofrezcan o se suministren productos o servicios; publicidad que imite, irrespete o denigre al competidor o sus productos o servicios y la publicidad comparativa no comprobable; y, boicot.

Se entenderá por dilución del activo intangible el desvanecimiento del carácter distintivo o del valor publicitario de una marca, de un nombre u otro identificador comercial, de la apariencia de un producto o de la presentación de productos o servicios, o de una celebridad o un personaje ficticio notoriamente conocido.

Dentro de los actos de competencia desleal que pueden llegar a darse son básicamente los de revelación de información confidencial a terceros, ya sean

de procedimientos de fabricación, procesos de elaboración ya sea de productos o servicios.

Además la Ley de Propiedad Intelectual faculta a la parte contractual afectada a ejercer las acciones previstas en misma ley, como son:

Artículo. 287. Sin perjuicio de otras acciones legales que sean aplicables, toda persona natural o jurídica perjudicada podrá ejercer las acciones previstas en esta Ley, inclusive las medidas preventivas o cautelares.

Marcas.

Por otra parte la ley de propiedad intelectual obliga a que todos los contratos de licencia de uso de marca debe ser registrado en el instituto de propiedad intelectual. Para este efecto el contrato de licencia de uso de marca debe ser previamente notariado.

Este registro también es extensivo para los contrato de franquicia comercial que incluyan una licencia de uso de marca. Pero es importante señalar que el registro del contrato de franquicia se da por tener dentro de sus cláusulas una licencia de uso de marca, y no así por el hecho de ser un contrato de franquicia, ya que no existe en cuerpo legal alguno una obligación al registro del contrato franquicia como tal.

Por lo estudiado hasta este momento en este apartado podemos concluir que la Ley de Propiedad Intelectual protege principalmente al franquiciante para con su marca, tecnología, know how etc., y en cierta medida al franquiciado para hacer prevalecer su derecho de uso frente a terceros.

Mientras que la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones obliga a cumplir ciertas formalidades para con el contrato, como es el registro del mismo y con el cumplimiento de dichas formalidades le otorga validez.

3.3. LA EXPERIENCIA DEL SISTEMA DE FRANQUICIAS EN EL ECUADOR

El Ecuador, no es ajeno a los cambios y evoluciones existentes en el mundo entero como son las nuevas ideas comerciales, los contratos atípicos, la globalización, etc. y a pesar de no contar con una legislación acorde a los nuevos tiempos, los empresarios, compañías y los comerciantes ecuatorianos en general han aplicado nuevas fórmulas y métodos para hacer negocios y comercializar sus productos como es el caso del uso Internet, que hasta hace muy poco tiempo carecía de una regulación legal en nuestro país hasta la promulgación de la Ley de Comercio Electrónico.

Ya sea por iniciativa empresarial o por necesidad comercial el Ecuador durante algunos años ha visto como se han instalado varias cadenas de franquicias en sus ciudades y en su economía, muchos casos existen al respecto sobre todo de empresas multinacionales estadounidenses como es el caso de Baskin Robbin, Pizza Hut, Burger King, etc. Pero también ha recibido franquicias latinoamericanas como es el caso de Tropi Burger (venezolana), Pollo Campero (Guatemalteca), etc.

A primera vista se podría decir que nuestro país ha recibido una gran cantidad de franquicia de elaboración o comercialización de un producto. Pero también ha recibido contratos con el fin de realizar un servicio, aunque en muchos casos se lo ha hecho con el nombre de licencia comercial como es el caso de Manpower, Whakenhut, G4. etc.

Pero solo hasta hace muy poco tiempo que Empresas y establecimientos Ecuatorianos han empezado a franquiciar sus negocios, productos, servicios, etc. Así vemos en el campo que se podría determinar como comercial tradicional como son las de comidas rápidas, varias empresas ecuatorianas no solo franquician sus licencias en el país como es el establecimiento de “LOS YOGURTS DE LA AMAZONAS” que ha franquiciado sus establecimientos en Guayaquil, Santo Domingo de los Colorados etc, sino que también ofertan su franquicias a nivel internacional compitiendo con cadenas de comida rápida de todas partes del mundo.

Dos claros ejemplos de lo anterior son SUSHI EXPRESS y CHURRINCHURRON ambas marcas provienen de Guayaquil y la primera ha realizado contratos de franquicia en Colombia y México.

Mientras que la segunda, CHURRINCHURRON posee nueve locales, siete de los cuales están franquiciados, tres en el país en ciudades como Quito, Cuenca, etc, mientras que cuatro establecimientos se encuentran franquiciados en Colombia, dos en México y uno en California.

Otro magnifico ejemplo es la cadena YOGURT DE PERSIA actualmente ubicada únicamente en Guayaquil, pero que a pesar de esto posee catorce locales de los cuales, cuatro trabajan utilizando el sistema de franquicia comercial. Además siguen buscando mediante este sistema, poder conquistar todo el territorio nacional ya con establecimientos franquiciados o mediante una franquicia corner, que consiste en una maquina expendedora de yogurt, la cual puede servir como complemento de otros productos.

Otro punto que en cierta medida a servido para el desarrollo de contrato de franquicia en nuestro país se relaciona con la migración de ecuatorianos a otros países como EEUU, España, Italia, etc. Lo que ha producido que se franquicien

marcas ecuatorianas a estos países para satisfacer las necesidades de los inmigrantes.

Por esta misma razón se han franquiciado establecimientos tan “silvestres” de nuestro país como “los Ceviches de la Rumiñahui” “ Los Motes de la Magdalena” en Estados Unidos y en Europa, específicamente en España, punto de destino de gran parte de los migrantes ecuatorianos. Pero hay que dejar en claro que estas franquicias en si no son una conquista de estos productos o servicios en el mercado internacional, sino que estos productos o servicios son consumidos mayoritariamente por los propios ecuatorianos residentes en el exterior, que por su número hacen rentables estas inversiones.

A continuación se expondrán algunas de las cadenas franquiciantes con establecimiento en Ecuador.

3.3.1. Cadenas franquiciantes Extranjeras en Ecuador

- Mc Donal's
- Post Net
- KFC
- Burger King
- Fridays
- Hallmark
- Dominos Pizza

- Baskin Robbins
- Hotel Hilton Colón Quito
- Hotel Barcerló Colón Miramar
- Pollo Campero
- Tony Roma's
- Quik Internet
- Dunkin Donuts
- Arby's (actualmente no operativa)
- Subway
- Budget rent a car
- Auto Wash
- Hellquick
- Mango
- Dormell
- Undercolors Benetton

- Yanbal
- Wall street Institute
- Crown Plaza (actualmente y no existe y el edificio pasó a llamase Plaza Caicedo)
- Hotel Radisson
- -Martinizing

3.3.2. Algunas de las Cadenas Ecuatorianas con franquicias en Ecuador o en el extranjero

- Churrin Churron
- Sushiexpres
- Yogurt Persa
- Yogurt de la Amazonas
- Los motes de la Magdalena
- Ceviches de la Rumiñahui

Por ultimo así como existen un gran cantidad de cadenas franquiciantes, y establecimientos franquiciados, también encontramos que en el país han existido problemas entre las partes contractuales y por ende acciones legales.

Para esto después de una investigación realizada se verifica que el 99% de los casos se ventilan en centros de mediación ya arbitraje. En una solicitud hecha a la Cámara de Mediación y arbitraje de Quito se conoció que en los últimos años este centro de mediación había conocido varias disputas legales dentro de contratos de franquicias pero al ser la mediación y arbitraje un proceso privado no podían facilitar información sobre ningún proceso sin previo consentimiento expreso de ambas partes.

A pesar de esto revisaremos un caso presentado en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

Es el caso de la cadena Yogurt de la Amazonas, la cual suscribió un contrato de franquicia comercial franquiciando a un tercero un local el cual funcionó en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados. Para efectos del contrato el franquiciante se entregó todo el know how sobre la preparación y elaboración del producto, a la vez que indicó y enseñó las características distintivas de la cadena franquiciante, también se permitió el uso del nombre comercial de la cadena franquiciante.

Como dato dentro de este contrato de franquicia no existió en ningún momento un cláusula de obligaciones post contractuales.

El establecimiento franquiciado funcionó aproximadamente 2 años en la ciudad de Santo Domingo de los Colorados, tiempo transcurrido el cual se dio por terminado de mutuo acuerdo.

Para sorpresa del Ex-franquiciante, se conoció que el ex-franquiciado se había trasladado a la ciudad de Quito y que había abierto un nuevo establecimiento de ventas de yogurt y pan de yuca de las mismas características del ex-franquiciante y aprovechando el know how y los secretos industriales realizaba un producto muy similar al original causando confusión en los consumidores y pérdidas a la cadena Yogurt de la Amazonas.

Para lo cual el representante legal de los Yogurt de la Amazonas solicitó una Tutela Administrativa de los Derechos de Propiedad Intelectual, pidiendo una Inspección al establecimiento y un secuestro de aquellos bienes que contienen la reproducción similar de los signos distintivos del ex franquiciante.

Actualmente ya se ha realizado la inspección con el debido secuestro de los bienes solicitados.

Se espera una contestación por parte del ex-franquiciado y el proceso sigue abierto ya que todavía no ha concluido.

Por último cabe decir que casos como este se pueden evitar incluyendo una cláusula en el contrato de obligaciones post contractuales, haciendo la solución de este conflicto mucho más rápido de resolver.

Asociación de franquicias

En la mayoría de países latinoamericanos poseen Asociaciones de Cadenas de Franquicias con el fin de difundir el sistema de franquicia comercial.

Entre otras funciones están las de resolver dudas, ya sean de tipo comercial o jurídica a posibles interesados, realizar seminarios sobre el sistema de franquicia, y en general promover la franquicia. e esta forma llevan una especie de control donde se obtienen datos de cada franquiciante, así como información a nivel nacional de cuantas cadenas franquiciantes existen en un determinado país, establecimientos franquiciados, montos de ventas totales, cantidad de personal empleado, etc.

Nuestro país también posee una Asociación de franquicias la cual tiene por nombre Asociación de Franquicias del Ecuador (**Ecuador Franchise Association**) la cual fue fundada por el Ab. Heinz Moeller Gómez, la cual fue

reconocida por el Ecuador en 1998 mediante Acuerdo Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior. En su página web (<http://www.aefran.homestead.com/>) dan información sobre que es la franquicia, sus aspectos legales y links relacionados con otras asociaciones de franquicias.

Su directora es la Dra. Lorena Soto Paredes, la cual comentó que si bien existe, la asociación como tal actualmente se encuentra inoperativa, ya que no posee ningún tipo de información sobre el campo legal, ni tampoco del área comercial como por ejemplo cadenas de franquicias en Ecuador o establecimiento, etc,

Si bien la asociación es un proyecto el cual se encuentra parado hace algún tiempo, es importante para el desarrollo y difusión de este sistema comercial que se active y desarrolle en el país para que los empresarios ecuatorianos puedan tener un centro de información nacional a la cual acudir y resolver sus dudas al respecto, al igual que analizar oportunidades de negocios bajo este moderno sistema de comercialización.

3.2.3 Como se han regulado estos contratos

Todos los contratos que se hayan celebrado en territorio ecuatoriano se lo ha hecho de acuerdo a las normas generales de derecho ecuatoriano como Código Civil, Constitución, Código de Comercio, y leyes específicas como La ley de Propiedad Intelectual, Decisiones 486 y 291 y Ley de Promoción y Garantía de la Inversión Extranjera.

Ninguno de los contratos revisados hacen referencia a un artículo determinado de los cuerpos legales pertinentes, en cambio prácticamente todos los contratos fijan su competencia en los jueces de Quito o en centros de Mediación o arbitraje.

Haciendo un resumen, para que un contrato de franquicia comercial tenga pleno validez jurídico debe seguir el siguiente procedimiento.

Una vez firmado el contrato por ambas partes el contrato debe ser elevado a escritura pública con el fin de ser registrado en el MISIP, una vez registrado en dicha institución deberá ser el contrato notariado e inscrito en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

Hay que dejar claramente señalado que ninguno de los 2 registros en el país del contrato de franquicia se da por su naturaleza, ya que el primer registro ante el Ministerio de Industria se da por obligación a todo contrato que contenga transferencia de tecnología el cual es uno de los componentes fundamentales del contrato de franquicia y el segundo registro ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual es obligatorio a todo contrato de licencia de uso de marca el cual es otro componente básico del contrato de franquicia

3.2.4 Efectos contractuales y post contractuales en el ámbito nacional

Aun cuando se haya puesto término al contrato por causa normal (vencimiento del plazo) como anormales (quiebra o muerte de las partes contratantes, etc.) y aún en los supuestos de conflictos superados o no, existen una serie de obligaciones específicas que gravan a las partes y sobre las cuales la doctrina no se ha pronunciado.

Una parte de la doctrina indica que concluido un determinado contrato las obligaciones post contractuales perderían su condición por no existir ya el contrato.

De forma que siguiendo este criterio base no podría demandarse el cumplimiento de conductas pretendidas, sino que al omitirse ésta tal acto sería considerado

como el cometer un acto civil dañoso y daría lugar únicamente a la demanda por la reparación de los daños y perjuicios que esta omisión ocasionara.⁵⁶

Mayoritariamente otros autores consideran que el supuesto anterior es falso ya que ninguna importancia para todo efecto tendría el asunto de si el contrato ha concluido o no. Si las obligaciones post contractuales han sido convenidas por las partes no cabe duda que la naturaleza jurídica de tales obligaciones es contractual y ese será el régimen aplicable.

Nos parece razonable y fundamentado este criterio, ya que en numerosas relaciones contractuales encontramos este tipo de obligaciones que subsisten luego de concluido el contrato como son la garantía de saneamiento por evicción y por vicio oculto en el contrato de compraventa, la responsabilidad del constructor de una obra entre otras.

Luego de esta pequeña revisión de criterios doctrinarios entramos a ver cuales son los efectos post contractuales de este contrato con respecto a las partes.

Los efectos contractuales y post contractuales serán igualmente aquellos que se fijan en el contrato ya que la ley no establece ninguna obligación especial ni durante la vigencia del contrato ni en forma post contractual.

Pero algunas de las obligaciones que se dan una vez terminado el contrato son:

- a) La obligación del franquiciado de no usar la marca, removerla de todos los establecimientos, equipos e instalaciones, así como de cualquier clase de papelería o material publicitario, etc. Esta obligación debe

⁵⁶ Ver al respecto KLEIDERMACHER. Jaime. Aspectos Económicos y Jurídicos. 2da. Edic. Actualizada. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. Pág. 181, citando a ALTERINI, Atilio Anibal. Responsabilidad Civil Pags. 33 y 34.

ampliarse en cada contrato, para el uso del nombre comercial, los avisos comerciales, los derechos de autor y la explotación de la patentes.

Esta obligación sobrevive al contrato y es de carácter perpetuo en el sentido que el ex franquiciado no podrá utilizar ni comunicar a terceros sobre estos particulares, so pena de ser responsabilizado por todos los daños y perjuicios que su ligereza llegue a ocasionar al franquiciante.

b) El franquiciado no podrá seguir explotando la negociación materia de la franquicia, ni realizar negocios similares o semejantes que pudieran afectar al franquiciante y dar la impresión a las consumidores o público de que el franquiciado es todavía una persona autorizada por el franquiciante para explotar esa clase de negocio. Se la conoce como obligación de no competencia o no concurrencia. Apunta a evitar que el ex franquiciado durante un lapso dado usufructúe gratuitamente de beneficios residuales como la clientela de la zona identificación del producto con la franquicia, irrogando en principio un perjuicio al franquiciante.

La jurisprudencia de algunos países ha limitado esta restricción superviniente al contrato.⁵⁷ Esta prohibición no puede tener carácter de perpetua, aun cuando así se haya establecido en el contrato, atentaría contra la libertad de comercio y de trabajo, debe tener vigencia durante un período de tiempo como restricción al exfranquiciado. Nos parece importante resaltar la importancia del uso de una marca conocida y prestigiosa en la franquicia, si el exfranquiciado luego de un tiempo de terminado el contrato, desarrolla un negocio de características

⁵⁷ Según indica KLEIDERMACHER en la obra citada, pág. 183, en Bélgica se la limita a un período de dos años como máximo, El reglamento de la Comunidad Económica Europea la limita a un plazo aún más corto de un año. En Suiza se la asimilado a la legislación laboral prohibiéndose al franquiciado entrar en concurrencia o competencia con el franquiciante cuando en merito de su trabajo haa tomado conocimiento de secretos de fabricación o procedimientos específicos del Empleador y aprovechara la utilización de los mismos para la instalación de su propio negocio en perjuicio de los intereses del empleador.

similares o dentro de un mismo rubro, pero sin el paraguas de la marca, aún cuando al franquiciante no le agrada poco podrá hacer. Debe considerarse que para que el franquiciado optara en su momento por la franquicia, debe haber tenido algún conocimiento del área o rubro en el que la obtuvo.

b) La devolución de equipo, inventario de mercancías y alguna información sobre know-how o procedimientos de fabricación, venta o prestación de los servicios materia de la franquicia, tales como manuales, planos y especificaciones técnicas..

c) Las órdenes o pedidos pendientes de fabricación o entrega que tenga el franquiciado y, la clientela que, al parecer, corresponde al franquiciante como titular de la marca y al franquiciado como propietario de la negociación franquiciada.

El franquiciante por su parte rara vez tiene obligaciones post contractuales

.
En todo caso algunas de las “*obligaciones postcontractuales comunes en el contrato de franquicia son :*

Al vencimiento de un contrato, el franquiciante debe de contar políticas vigentes que le permitan llevar a cabo una terminación contractual limpia y definitiva, tales como:

a) *Cobrar todas las cantidades que le adeuden;*

b) *prohibir que se siga utilizando su nombre, marca registrada, derechos de autor, sistema de negocios y demás información importante para su franquicia;*

- c) *Prohibir cualquier publicidad a su nombre o que incluya su nombre (prohibir que su exfranquiciatario anuncie su nuevo negocio como antigua franquicia suya);*
- d) *Confirmar que su exfranquiciatario cancele todos sus registros con nombre ficticio;*
- e) *Prohibir que el nuevo negocio de su exfranquiciatario se parezca al suyo;*
- f) *Asegurar que sea destruida toda la papelería de su compañía o recuperarla;*
- g) *Recuperar sus manuales y demás impresos conexos así como su número telefónico;*
- h) *Tener acceso a los libros de contabilidad del franquiciatario durante un año posterior a la fecha de terminación del contrato; y*
- i) *Tener derecho de opción sobre el contrato de arrendamiento del franquiciatario para poder quedarse con el local para su franquicia.⁵⁸*

3.2.5. Defensa de Derechos de las partes contractuales y de terceros

Terceros.

Es indudable que el sistema de franquicia produce efectos sobre terceras personas, trascendiendo la propia relación bilateral de franquiciante y franquiciado.

⁵⁸ www.franquicias.com

Estos terceros pueden ser de dos tipos:

1. Consumidores

Las modernas teorías jurídicas de defensa al consumidor, tienden a amparar al público de situaciones como las que se producen en los contratos de distribución en general. La vinculación directa con el tercero en este caso la tiene el franquiciado.

La cuestión es determinar si puede el franquiciante ser considerado responsable frente a un cliente del franquiciado en el caso de un producto defectuoso o de negligencia en la provisión de los servicios esenciales de la franquicia. Al respecto debemos indicar que entre franquiciante y franquiciado existe independencia en el plano legal, se trata de dos empresas distintas. En principio y dado que el franquiciado actúa en su propio nombre y por su cuenta y riesgo le corresponde a él y no al franquiciante responder frente a terceros. Aún cuando este principio no puede ser absoluto, en razón de que el franquiciado actúa bajo la marca del franquiciante.

Si consideramos tal situación desde la óptica de los modernos marcos legales de defensa de los derechos del consumidor, encontramos que tanto el franquiciado como el franquiciante están en la obligación de responder frente a terceros consumidores.

Al respecto es importante señalar que el Ecuador goza de un marco legal de protección de los derechos del consumidor desde la expedición de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en el Suplemento del Registro Oficial No. 116 del 10 de julio del 2.000 y su Reglamento.

Por su parte el numeral 7 del Art. 23 de la Constitución Política de la República señala que es deber del Estado garantizar el derecho a disponer de bienes y servicios públicos de óptima calidad; a elegirlos con libertad, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

El Art. 244 numeral 8 de la misma Carta Política señala que le corresponde al Estado proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la alteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el cumplimiento de las normas de calidad.⁵⁹

De la revisión de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor nos resulta interesante entre otros para sus efectos sobre el contrato en estudio, destacar el Artículo 28 que establece responsabilidad solidaria por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicios o defectos de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la

⁵⁹ Como indica el autor CEVALLOS VASQUEZ Victor, en “Manual de Derecho Mercantil ” Edit. Jurídica del Ecuador, Tercera Edición. 2.002, citando a la española Reyes López, Ma. José Coordinadora “Derecho de Consumo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España. 1999. “la protección de derechos del consumidor se plasma en un replanteamiento de principio de la igualdad y la equivalencia de las prestaciones en las relaciones contractuales que apunta a considerar el Derecho de Consumo como un conjunto de normas que aportan al Derecho Privado la posibilidad de volver a acercarse a las raíces más profundas de las relaciones contractuales y a establecer un equilibrio de fuerzas entre los contratantes y las contraprestaciones que cada uno de ellos debe realizar, porque la justificación del nacimiento de este derecho hay que encontrarla en las insuficiencias provocadas por un sistema que avanzó con el más fuerte, dejando parcialmente desasistida a la que se viene denominando parte débil del contrato.” Pág. 458 Op. Cit.

cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño.

Aplicado el citado artículo al contrato de franquicia nos preguntamos ¿deberá responder solo el franquiciado en caso de producirse daños al consumidor por los motivos que la ley señala de vicios o defectos de los productos o servicios franquiciados, o esta responsabilidad alcanza también al franquiciante?

Al tenor de la referida ley, el franquiciante tendría una responsabilidad solidaria por el producto o servicio franquiciado de defectuosa calidad que llegara al consumidor a través del franquiciado. O en su defecto, como el mismo cuerpo legal señala, el franquiciado tendría derecho de repetición en contra del franquiciante si se pudiera llegar a demostrar que tal vicio o defecto obedece a una instrucción errada, incompleta, a un producto entregado por el franquiciante en condiciones defectuosas, en suma a una circunstancia imputable al franquiciante. Al tenor del marco legal de defensa del consumidor entonces existe una extensión automática de responsabilidad a franquiciante.

En nuestro criterio el franquiciante tiene total y plena responsabilidad por el producto defectuoso o el daño ocasionado al tercero en el caso de que sea franquiciante proveedor de tal producto, o que éste le sea provisto al franquiciado por un tercero designado por el propio franquiciante, dentro de la figura del contrato de suministro que muchas veces forma parte de la franquicia y el cual hemos analizado anteriormente. En el caso de que no provea tal producto, pero si las indicaciones e instrucciones para que lo fabrique el franquiciado, también existiría responsabilidad de franquiciante y esto se deriva a nuestro entender de algo intrínseco al contrato de franquicia,

que es la subordinación técnica del franquiciado y el control que tiene el franquiciante sobre la persona del franquiciado.

2. Proveedores

El caso de los proveedores a nuestro entender es diametralmente opuesto a lo explicado con respecto a los consumidores. En efecto en este caso se trata de otros comerciante que entran en relación con el franquiciado, que es una persona natural o jurídica diferente e independiente a la del franquiciante. Los incumplimientos que pueda tener para con sus proveedores el franquiciado son de su absoluta y total responsabilidad, sin que pueda esta responsabilidad hacerse extensiva al franquiciante.

Vale resaltar como ya se ha indicado que las leyes de defensa del consumidor no abarcan al intermediario o comerciante, sino únicamente al destino final de la cadena de distribución comercial, la persona del consumidor.

En caso de conflicto por el giro del negocio evidentemente, entre un franquiciado y terceras personas que no tengan el carácter de consumidor, se ventilarán por la legislación mercantil, es decir el Código de Comercio, supletoriamente el Código Civil, y lo que estos cuerpos legales determinen respecto del tipo de conflicto que se haya presentado.

3.3 BREVE ESQUEMA DEL CONTENIDO NORMATIVO DE UNA LEY DE FRANQUICIAS ECUATORIANA.

Antes de exponer un esquema normativo del contrato de franquicias hay que realizar la siguiente pregunta ¿ es beneficioso para el país que exista una regulación de este contrato ?.

Existen dos posibles soluciones y por lo tanto panoramas distintos:

El primero es sostenido por el Dr. Julio Bonilla El país al no tener una regulación explícita sobre el contrato de franquicia permite un mayor interés por parte de compañías transnacionales al no verse sujeto a determinadas obligaciones, específicas que se aplican en otros países mas desarrollados en los temas comerciales.

Propiciando de esta forma el interés de muchos posibles franquiciantes para que sus cadenas se establezcan en el país.

La segunda teoría se basa en la idea de que una correcta legislación que proteja los intereses de ambas partes contractuales beneficiará al desarrollo de esta figura ya que el empresario y posible franquiciado se sentirá protegido por la ley y verá con mayor interés este tipo contrato y su aplicación el país.

El especialista en el tema consultado, doctor Eduardo Morillo comenta que una adecuada regulación, no solo beneficiaría al empresario posible franquiciante, sino que también ayudaría a los dueños y empresarios que ya poseen un negocio propio a expandirse, ya que una regulación sobre el tema permite entre otras cosas una mayor difusión de esta figura en nuestro medio.

De esta manera concluimos que es conveniente una regulación de la figura de franquicia comercial, pero la cual no debe ser proteccionista ni regular todo el proceso del contrato en si, ya que puede ser perjudicial para el mismo por dos puntos básicos.

Primera.- El contrato de franquicia es un conjunto de contratos, inmersos en la figura de la franquicia pudiendo encontrar los contratos o sub-

contratos de licencia de uso de marca o nombre comercial, transferencia de tecnología, asistencia técnica, suministro, engineering, etc.

Al querer regular íntegramente este contrato se debería regular a la vez todos estos contratos o subcontratos, algunos de las cuales ya están regulados y otros todavía pertenecen al mundo de los contratos atípicos. En todo caso el trata de regular todas las posibilidades del contrato de franquicia, solo se lograría la práctica inutilización del contrato, por que harían del mismo un contrato poco atractivo tanto para cadenas franquiciantes y una figura difícil de entender y aplicar para los posibles franquiciados .

Por último el querer normar expresamente cada una de las características de este contrato hacen de esta intención una tarea titánica, por la cantidad casi infinita de posibilidades que esta conlleva y por último, a pesar esta normativa debería estar en constante proceso de reforma, mucho mayor al que estamos acostumbrados en nuestro país, por que día a día este contrato evoluciona y adquiere nuevas características, ya que las prácticas en materia comercial no nacen por la inventiva o voluntad del legislador, sino por las necesidades cambiantes de las personas inmersas en el mundo de los negocios.

Segunda.- El contrato de franquicia depende directamente de la libertad contractual de las partes, ya que son éstas las que deciden los puntos económicos, control del negocio, asistencia técnica, terminación, vigencia, renovación, etc. Cada franquicia es distinta y tiene un manejo diferente que la hace única frente a las demás y por lo tanto tienen su propias políticas de dirección. Esto pertenece exclusivamente a la libertad contractual de las partes contractuales y no a la ley, ya que son éstas las decidirán si se renueva o no el contrato, el monto de las regalías o royalties, ubicación geográfica de acuerdo a su conveniencia , etc.

Pero a pesar de esto el Estado es la entidad encargada de regular y rayar la cancha estableciendo un marco legal que permita a las partes contractuales negociar con igualdad de condiciones en un sistema de equidad.

Por lo tanto se concluye tomando en cuenta estas consideraciones, que es necesario que el Estado regule el contrato de franquicia creando un marco jurídico para proteger y controlar el desarrollo de este tipo de contratos, pero debe evitar caer en una sobre regulación del mismo lo cual lo único que conseguiría en la práctica es el desuso del mismo.

Algunas sugerencias al respecto:

1- Definición del contrato de franquicia

Es importante que el cuerpo legal que regule el contrato de franquicia defina claramente el concepto de franquicia comercial para evitar confusiones con otros contratos.

2.- Definición de las partes dentro del contrato:

El cuerpo legal además debería establecer cuales son las partes franquiciantes.

3.-Determinación de los derechos y obligaciones independientes a las contraídas en el contrato por las partes.

4.- Los derechos y obligaciones dependen directamente de lo que se establezca en el contrato, pero el Estado tiene la facultad de establecer algunas obligaciones para garantizar a las partes una transparente negociación

5.- El franquiciante deberá proporcionar información sobre la franquicia así como sobre la compañía franquiciante. Esta información contendrá:

- Nombre, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad del franquiciante;
- Descripción de la Franquicia;
- Derechos de propiedad intelectual que involucra la Franquicia;
- Montos y conceptos de los pagos que el franquiciatario debe cubrir al franquiciante;
- Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciatario;
- Establecer claramente en el contrato la existencia o no del derecho del franquiciatario a conceder o no subfranquicias a terceros y, en su caso, los requisitos que deba cubrir para hacerlo;

2- Crear una entidad gubernamental para el registro de franquicias.

A pesar de que existe actualmente un registro “obligatorio” para los contratos que conllevan transferencia de tecnología, es importante que imponga al registro del contrato de franquicia, para así poder tener información real y eficiente del desarrollo de este sistema de comercialización, además en caso de que existiera una franquicia “fantasma” al haber sido registrada se puede avisar a posibles franquiciados no caer en este tipo de estafas.

3- Determinación del trámite para su validez así como de registro.

Independientemente del registro, la ley deberá normar el trámite del registro ante la autoridad competente y si deba o no pasar a un proceso de calificación o control del mismo antes de proceder al registro. En mi opinión, no debe existir una calificación para el mismo, pero se debe llevar una base de datos de las cadenas franquiciantes registradas en el país para entregar a los interesados.

Esquema de proyecto ley

De acuerdo a lo visto no puede ser viable que exista una ley específica que regule el contrato de franquicia.

Tomando en cuenta que como ya se lo ha visto con anterioridad en este estudio, el contrato de franquicia comercial a tenido un gran desarrollo en algunos países sudamericanos como son Brasil, Argentina, México, Venezuela, etc. Y a pesar de este gran desarrollo prácticamente ninguno de estos países existe una normatividad o regulación del mismo. La única excepción que podemos encontrar es en México, que a pesar de que este contrato sigue siendo atípico para la legislación mexicana como lo señala la jurista Rosa De la Torre, dentro de algunos cuerpos legales establecen ciertas normas específicas para el contrato de franquicia.

Para este efecto en mi personal criterio no se debe crear una ley especial dedicado a este contrato por su complicada y variada naturaleza.

Por esta misma razón en mi opinión siguiendo el ejemplo de México se debe incluir este contrato dentro de la ley de propiedad intelectual del Ecuador, ya que como se ha visto a lo largo de este estudio los 2 (licencia de marcas, y transferencia de know how) componentes básicos del contrato de franquicia

están regulado específicamente en esta ley, por ende resulta adecuado que se incluya en este mismo cuerpo legal el contrato de franquicia.

Una vez visto esto, para este proyecto se debe añadir únicamente una sección mas dentro del capítulo tercero de las marcas en la Ley de Propiedad Intelectual.

Sección IV Del Contrato de franquicia

1.-Definición

Se entenderá por contrato de franquicia, aquel contrato que contenga una licencia de uso de una marca y además en el mismo se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le conceder, pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca.

2.- Partes contractuales

Se llamará franquiciante al que concede el contrato y quien accede a la suscripción del contrato se denominará franquiciado.

3.- Obligaciones previas al contrato.

Previamente a la celebración del contrato quien conceda una franquicia deberá proporcionar a quien se pretende conceder, toda la información relativa sobre el estado de la empresa franquiciante en los términos que establezca esta ley.

4.- Información que debe presentar el franquiciado.

Para efectos del artículo precedente de esta ley, el titular de la franquicia deberá proporcionar a los interesados previa celebración del contrato por lo menos, la siguiente información técnica, económica y financiera:

- a) Nombre, denominación social, domicilio y nacionalidad del franquiciante.
- b) Descripción de la franquicia.
- c) Antigüedad de la compañía o empresa franquiciante de origen y, en su caso, franquiciante maestro en el negocio objeto de la franquicia.
- d) Derechos de la propiedad intelectual que involucre la franquicia
- e) Montos y conceptos de los pagos que el franquiciado debe cubrir al franquiciante.
- f) Tipos de asistencia técnica y servicios que el franquiciante debe proporcionar al franquiciado
- g) Definición de la zona territorial de operación de la negociación que explote la franquicia.
- h) Derechos del franquiciado a conceder o no subfranquicias a terceros y en su caso los requisitos que deba cumplir para hacerlos
- i) Obligaciones del franquiciado respecto a la información de tipo confidencial que le propone el franquiciante y
- j) En general las obligaciones y derechos del franquiciado que se deriven de la celebración del contrato de la franquicia.

5.- Registro .

Todo contrato de franquicia que se realice en país deberá ser registrado en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, el cual velará y vigilará que se cumplan con todos los requisitos que dicta esta ley.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1- Los contratos atípicos como lo establece el Dr. Carlos Serrano pueden ser correctamente definidos como aquellos que a pesar de que no se encuentran regulados por la ley, la costumbre mercantil y la necesidad de diversos requerimientos los ha ido estructurando de conformidad con la necesidad de las partes contratantes. Los intereses comerciales y contractuales de las partes van creando nuevas formas de contratación mercantil, las que no se encuentran reguladas en forma específica dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Por lo tanto el contrato de franquicia en nuestro país constituye un contrato atípico que carece de una norma o ley específica que regule este sistema comercial. A estos contratos atípicos acostumbra llamarlos innominados para establecer la diferencia con los típicos no solo nominados, sino regulados como se ha explicado.

2.- El fin último del contrato de franquicia es el ánimo de lucro, el cual constituye en sí la diferencia entre los contratos mercantiles y civiles, ya que todo contrato mercantil tiene un ánimo de lucro en tanto que los contratos civiles carecen en su mayor parte de esta característica. Por lo tanto el contrato de franquicia es un contrato de naturaleza mercantil.

3.-En nuestro criterio la franquicia es un contrato mercantil en el cual una parte llamada franquiciante cede el uso de su marca(s), nombre(s) comercial(es), know how, conocimiento, experiencia tecnología, y asistencia técnica a otra parte llamada franquiciado para su uso exclusivo en una zona geográfica y delimitada (ya sea país, ciudad, región, etc.) a cambio de una contraprestación que se debe establecer en el mismo contrato. Esta forma contractual tiene la salvedad que el franquiciante tiene el derecho de imponer todo lo concerniente a la forma de

administración del negocio, así como exigir el nivel de calidad del producto o servicio que realizará el franquiciado.

4.- Como hemos analizado a lo largo de este trabajo, el contrato de franquicia es un contrato de contratos o conjunto de contratos, ya que dentro del contrato de franquicia comercial encontramos un sin número de subcontratos sin los cuales el contrato de franquicia no puede subsistir.

La cantidad de subcontratos o contratos vinculados pueden ser tantos como las partes acuerden: dentro del sistema de franquicia podemos encontrar el Contrato Engineering, el Contrato de Suministro, Distribución, etc. Pero básicamente el sistema de franquicia depende de dos contratos vitales que son: el Contrato de Licencia de Marca, con el cual el franquiciado puede hacer uso de la marca franquiciada; , y el Contrato de Transferencia de Tecnología y Know How , con el cual el franquiciado puede elaborar productos o comercializarlos con los mismos procedimientos que el franquiciante usa, obteniendo la misma calidad del producto o servicio.

6- El contrato de franquicia a pesar de ser un contrato atípico en nuestra legislación al igual que todos los contratos atípicos está regulado por las normas comunes a los contratos tanto del Código Civil como del Código Mercantil, además de otras leyes como La ley Promoción y Garantía de las Inversiones y de la Ley de Propiedad Intelectual.

Lo cual permite una seguridad para el franquiciante ya que puede hacer valer sus derechos intelectuales, civiles, etc, en el caso de verse afectado.

7.- En la práctica mercantil se observa que la gran mayoría de los casos de controversia en el contrato de franquicia se resuelven en Centros de Arbitraje y Mediación y no en cortes de justicia ordinaria

8.- De esta manera concluimos que es conveniente una regulación de la figura de franquicia comercial, pero la cual no debe ser proteccionista ni regular todo el proceso del contrato en si, ya que puede ser perjudicial para el mismo, por dos puntos básicos.

Primera.- El contrato de franquicia es un conjunto de contratos, inmersos en la figura de la franquicia pudiendo encontrar los contratos o sub-contratos de licencia de uso de marca o nombre comercial, transferencia de tecnología, asistencia técnica, suministro, engineering, etc.

Al querer regular íntegramente este contrato se debería regular a la vez todos estos contratos o subcontratos, algunos de las cuales ya están regulados y otros todavía pertenecen al mundo de los contratos atípicos. En todo caso el trata de regular todas las posibilidades del contrato de franquicia, solo se lograría la práctica inutilización del contrato, por que harían del mismo un contrato poco atractivo tanto para cadenas franquiciantes como para los posibles franquiciados que se enfretarían a una figura difícil de entender y aplicar..

Por último, el querer normar expresamente cada una de las características de este contrato hacen de esta intención una tarea titánica, por la cantidad casi infinita de posibilidades que esta conlleva y por último, a pesar de que existiese esta normativa debería estar en constante proceso de reforma, y modificación, mucho mayores a los que estamos acostumbrados en nuestro país. La razón de ser de estas continuas reformas es por que día a día este contrato evoluciona y adquiere nuevas características, ya que las prácticas en materia comercial no nacen por la inventiva o voluntad del legislador, sino por las necesidades cambiantes de las personas inmersas en el mundo de los negocios.

Segunda.- El contrato de franquicia depende directamente de la libertad contractual de las partes, ya que son éstas las que deciden los puntos económicos, control del negocio, asistencia técnica, terminación, vigencia, renovación, etc. Cada franquicia es distinta y tiene un manejo diferente que la hace única frente a las demás y por lo tanto tienen sus propias políticas de dirección. Esto pertenece exclusivamente a la libertad contractual de las partes contractuales y no a la ley, ya que son éstas las que decidirán si se renueva o no el contrato, el monto de las regalías o royalties, ubicación geográfica de acuerdo a su conveniencia, etc.

Pero a pesar de esto el Estado es la entidad encargada de regular y rayar la cancha estableciendo un marco legal que permita a las partes contractuales negociar con igualdad de condiciones en un sistema de equidad.

BIBLIOGRAFIA

1. **MANTONELL**, Ernesto Eduardo “Tratado de los Contratos de Empresas,” Buenos Aires 1997.
2. **SELTZ**, David “Enciclopedia del Management “ México 1988.
3. **GONZALES CALVILLO**, Enrique “La experiencia de las Franquicias en Colombia” 1994
4. **ERASCO M**, Necker “ Legislacion Ecuatoriana de Compañías” Machala 1980
5. **HANNA MUSSE**, Alfredo “Lecturas del Derecho Economico” Quito 1990
6. **MACÍAS HURTADO**, Miguel “Instituciones del Derecho Mercantil Ecuatoriano” Quito 1988
7. **RON BAUTISTA**, Fernando “Historia Mundial y significado de las Compañías Mercantiles Quito 1992
8. **ARRUBLA PAUCAR**, Jaime Alberto “Contratos de Concesión Mercantil, Colombia 1994”
9. **AMILCAR DIAZ**, Romelio “La comercializacion de los Contratos Civiles” La Plata, Argentina
10. **CABANELLAS**, Guillermo “Contratos de licencia y transferencia de Tecnología” Buenos Aires 1990
11. **CORGONO**, Eduardo. “Teoría y técnica de los nuevos contratos comerciales” Buenos Aires Argentina.
12. **COMITE BELGA DE LA DISTRIBUCION**, “Franchising” Barcelona, 1973
13. **LATOUR**, Ivan “Contrato y subcontrato de distribucion, en revista Derecho Privado”, Tomo IV Madrid 1971.
14. **OTAMENDI**, Jorge “Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia.” Buenos Aires 1978.

15. **SANDOVAL LOPEZ, Ricardo** “Nuevas operaciones mercantiles” Santiago 1992.
16. **VALDEZ PRIETO, Domingo** “Discriminación arbitraria en el derecho económico”. Santiago, 1992
17. **GERSTENBERG, Charles** “Biblioteca de Administracion de Empresas”1988 México.
18. **McGraw-HILL,** “Biblioteca práctica de negocios”1986 México.
19. **GEREFFI, KINCAID, Elías** “Flexibilidad y nuevos modelos productivos” 1994, Quito Ecuador
20. **VERDESOTO SALGADO, Luis** “Investigación científica en el área jurídica.” Quito Ecuador 1971
21. **RAMIREZ , Noel** “Economía y populismo, Ilusión y realidad en América Latina” Ecuador 1991
22. **CABANELLAS, Guillermo** “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual” 1986 Buenos Aires.
23. **MARZORATI, Owaldo,** “Derecho de los Negocios Internacionales” 1993, Buenos Aires
24. **CEVALLOS VAZCONES, Víctor** “Manual de los Derechos Mercantiles” Quito 2000
25. **URIA, Rodrigo** “Derecho Mercantil”, . Vigésimo Cuarta Edición. Edit. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas 1997 Madrid
26. **GUZMAN, Marco Antonio,** “Derecho Económico” Quito 1981
27. **SOTO, Clemente** “Prontuario de Derecho Mercantil” México 1989
28. **VILLALBA VEGA, Vladimiro** “Fundamentos de Práctica Forense” Quito 1987

Páginas Web

29. www.franquiciasdemexico.org
30. www.franquiciasmarcas.com/

31. <http://www.franquicias.org/>
32. www.portalempresas.com/secciones/Directoriodef franquicias.html
33. www.franquiciasarg.com/
34. www.Biwe.com
35. www.franchise.org/spanish/faq/abc/abc.asp
36. www.infofranquicias.com
37. www.franchipolis.com
38. [www.expansion.com/franquicias/.](http://www.expansion.com/franquicias/)
39. www.franquicialo.com/
40. <http://franquicias.alo.es/>
41. www.franquiciadirecta.com/
42. www.lafacu.com/apuntes/derecho/Franquicias/default.htm
43. www.leyesynumeros.com/fanquicias.php

INDICE

CAPITULO PRIMERO: ORIGEN, DESARROLLO Y CONCEPTUALIZACION DEL CONTRATO DE FRANQUICIAS

- 1.1** Origen y desarrollo
 - 1.1.1** Europa
 - 1.1.2** Japón
 - 1.1.3** América latina
 - 1.1.4** Cuadro de Franquicias en America
 - 1.1.5** Cuadro de Franquicias en Europa
- 1.2** Definiciones
- 1.3** Rasgos principales
 - 1.3.1.**Características del Contrato
 - 1.3.1.1.**Consensual
 - 1.3.1.2** Contrato Mercantil
 - 1.3.1.3** Bilateral
 - 1.3.1.4** Oneroso
 - 1.3.1.5** Conmutativo
 - 1.3.1.6** Principal
 - 1.3.1.7** Contrato Atípico
 - 1.3.1.8** Tracto Sucesivo
 - 1.3.1.9** De Cooperación
 - 1.3.2** Características no esenciales
 - 1.3.2.1** Contrato Personal *Intuitu Personae*
 - 1.3.2.2** Comúnmente de Adhesión
 - 1.3.2.3** Uniformidad
 - 1.3.3** Contenido del Contrato de Franquicia
- 1.4** Tipos de franquicias

- 1.5** Diferencias con otros tipos contractuales
 - 1.5.1** Contrato de Comisión Mercantil
 - 1.5.2** Contrato de Distribución
 - 1.5.3** Contrato de Concesión
 - 1.5.4** Contrato de Licencia Comercial
 - 1.5.5** Contrato de Suministro
 - 1.5.6** Contrato de Agencia
 - 1.5.7** Contrato de Ingeniería
- 1.6** Ventajas y desventajas del sistema de franquicia
 - 1.6.1** Ventaja para el franquiciante
 - 1.6.2** Desventaja del contrato de franquicia para el franquiciante
 - 1.6.3** Ventajas para el franquiciado
 - 1.6.4** Desventajas para el franquiciado
 - 1.6.5** Ventajas para los consumidores
- 1.7** Conceptualización
- 1.8** Negocios Franquiciables
 - 1.8.1** Franquicia de Productos
 - 1.8.2** Franquicia de Servicios

2 CAPITULO SEGUNDO: ELEMENTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIAS

- 2.1** Sujetos del contrato
 - 2.1.1** Franquiciante
 - 2.1.2** Franquiciado
 - 2.1.3** Consumidor
 - 2.1.4** Otros franquiciados pertenecientes al sistema de franquicias
- 2.2** Objetos- Contratos Vinculados
 - 2.2.1** Contrato de Licencia de Marca
 - 2.2.2** Contrato de Transferencia de Tecnología
 - 2.2.3** Contrato de Suministro
- 2.3** Derechos y obligaciones de las partes contractuales

- 2.3.1 Derechos del Franquiciante
- 2.3.2 Obligaciones del Franquiciante
- 2.3.3 Derechos del franquiciado
- 2.3.4 Obligaciones del Franquiciado
- 2.4 Formas de terminación del contrato
 - 2.4.1 Causa Normal
 - 2.4.2 Modos Anormales de Terminación
 - 2.4.2.1 Por Mutuo Acuerdo
 - 2.4.2.2 Preaviso del franquiciante o franquiciado
 - 2.4.2.3 Terminación anticipada por incumplimiento de las obligaciones contractuales por algunas de las partes.
 - 2.4.2.4 Muerte disolución o quiebra del franquiciado o franquiciante
 - 2.4.3 Efectos de la Terminación
 - 2.4.3.1 Con respecto a la terminación normal
 - 2.4.3.2 Con respecto a la terminación “anormal”
 - 2.4.3.2.1 Por incumplimiento del franquiciante
 - 2.4.3.2.2 Por incumplimiento del franquiciado
- 2.5 Competencia y jurisdicción

3. CAPITULO TERCERO: CONTRATO DE FRANQUICIAS

- 3.1 Principales lineamientos jurídicos
 - 3.1.1 Normas generales (ley, costumbre)
 - 3.1.2 Normas Complementarias (inversiones, marcas, patentes)
- 3.2 Contratos de franquicias en Ecuador
 - 3.2.1 Que tipos de contratos de franquicias se han dado
 - 3.2.2 Como se han regulado estos contratos
 - 3.2.3 Efectos contractuales y post contractuales a nivel nacional
 - 3.2.4 Defensa de Derechos de las partes contractuales y de terceros
- 3.3 Breve esquema del contenido normativo de una ley de franquicias ecuatorianas

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

INDICE

ANEXOS