

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**Contrato de franquicia, un obstáculo para la libre competencia en el  
sector farmacéutico ecuatoriano.**

**AUTOR:**

**Santos Villafuerte, Mario Fernando**

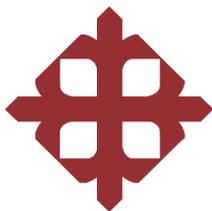
**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA  
DEL ECUADOR**

**TUTOR:**

**Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack. Mgs**

**Guayaquil, Ecuador**

**06 de febrero del 2023**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Santos Villafuerte, Mario Fernando**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

**TUTOR**

f. 

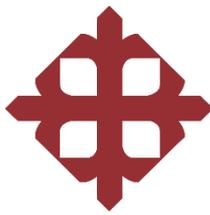
**Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack. Mgs**

**DIRECTORA DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_

**Dra. Pérez Puig-Mir, Nuria**

**Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

## DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Santos Villafuerte, Mario Fernando**

### DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **Contrato de franquicia, un obstáculo para la libre competencia en el sector farmacéutico ecuatoriano** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

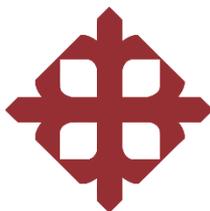
En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023**

**EL AUTOR**

f. \_\_\_\_\_

**Santos Villafuerte, Mario Fernando**



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

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **Santos Villafuerte, Mario Fernando**

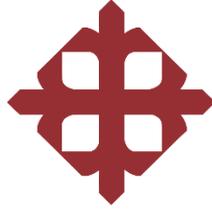
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Contrato de franquicia, un obstáculo para la libre competencia en el sector farmacéutico ecuatoriano**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023**

**EL AUTOR**

f. \_\_\_\_\_

**Santos Villafuerte, Mario Fernando**



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

REPORTE URKUND

URKUND		Lista de fuentes	Bloques	Elizabeth del Pilar Jiménez Franco (elizabeth.jimenez@cu.ucsg.edu.ec)
Documento	<a href="#">Tesis de Grado - Santos Villafuerte Mario.pdf</a> (D156475892)			
Presentado	2023-01-20 15:40 (-05:00)			
Presentado por	mario.santos@cu.ucsg.edu.ec			
Recibido	elizabeth.jimenez.ucsg@analysis.orkund.com			
Mensaje	Revisión de Nivel de plagio - URKUND <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a>			
3% de estas 14 páginas, se componen de texto presente en 3 fuentes.				
		Fuentes alternativas		

f. \_\_\_\_\_

**Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack. Mgs.**

**Docente Tutor**

f. \_\_\_\_\_

**Santos Villafuerte, Mario Fernando**

**Autor**

## DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedico a aquellas personas que en mi vida considero importantes como pilares fundamentales.

A Dios quien permitió que llegara hasta este punto, quien alineó cada escenario de mi vida para pudiera estar estudiando esta maravillosa carrera en esta universidad y en el camino siempre sostenerme y no dejarme desfallecer.

A mi mejor amigo en el mundo Carlos Arboleda Bajaña, quien ya no está a mi lado y a quien extraño cada momento de mi vida, por ser un impulso y una inspiración a seguir adelante con el dolor de su ausencia.

A mi familia, mi madre, mi padre, mis abuelos y mis hermanos, quienes me han visto en el desarrollo de esta formación y con quienes siempre puedo contar.

A mis líderes espirituales, Jairo, Johanna y Andrés, quienes siempre han tenido las palabras correctas para alentarme a continuar en el camino y caminar a mi lado en todo momento sin importar las circunstancias.

A mi mentor en la vida universitaria el Abg. Ricky Benavides, quien a más de ser un maestro se convirtió en mi familia. Quien con sabiduría enseñó y corrigió las veces que fueron necesarias.

A mi mejor amiga Karelys González, quien ha sido mi compañera de innumerables aventuras, con quien he superado obstáculos y quien siempre tendrá un espacio muy especial en mi corazón.

## AGRADECIMIENTO

Dentro de esta etapa universitaria son varias las personas que han podido acompañarme y a quienes estoy muy agradecido.

Mi familia, el núcleo de mi vida y la razón de muchos logros.

Mis amistades en la universidad, quienes han aportado de forma significativa en cada eslabón de esta etapa.

A mi tutor de tesis y mentor en la universidad el Abg. Ricky Benavides quien con paciencia y empatía siempre ha estado presente. Gracias MOTU.

A cada uno de los maestros que fueron trascendentales en la vida universitaria y se convirtieron en maestros de la vida también.

Mi alma máter, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, por darme los mejores años y la mejor profesión.

A mi Mentor en la vida, Jairo Torres Torres, quien ha sido mi soporte y guía durante no solo los años de universidad, sino la vida entera. Gracias por tanto.

A mi mejor amiga Karelys González por haber estado presente en todo este proceso y siempre ser de apoyo y aliento. Gracias por siempre estar a mi lado.

A mis mejores amigos, Carlos y Djorkaeff que han estado siempre a mi lado, con quienes he compartido risas, lágrimas y aventuras sin igual.



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

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**Abg. XXXXXXXXXXX. Mgs**

**OPONENTE**

f. \_\_\_\_\_

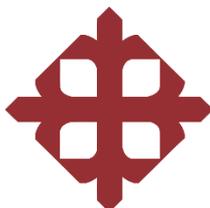
**Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS**

**DECANO**

f. \_\_\_\_\_

**Abg. MARITZA REYNOSO GAUTE. Mgs**

**COORDINADOR DEL ÁREA**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Jurisprudencia  
**Carrera:** Derecho  
**Periodo:** UTE B 2022  
**Fecha:** 23 de febrero de 2023

**ACTA DE INFORME FINAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado ***Contrato de franquicia, un obstáculo para la libre competencia en el sector farmacéutico ecuatoriano*** elaborado por el estudiante ***Santos Villafuerte, Mario Fernando***, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de ***10 (DIEZ)***, lo cual lo califica como ***APTO PARA LA SUSTENTACIÓN***

f.   
\_\_\_\_\_

**Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack. Mgs.**

**Docente Tutor**

## TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN .....	XI
ABSTRACT .....	XII
INTRODUCCIÓN .....	2
CAPÍTULO 1: El contrato de franquicia y el Derecho de competencia. ....	3
Concepto de contrato de franquicia.....	3
Origen y desarrollo del contrato de franquicia. ....	4
La Competencia en el mercado. ....	6
El Derecho de Competencia .....	7
El Poder de Mercado o Posición de Dominio .....	8
Prácticas anticompetitivas.....	9
Abuso de poder de mercado o de posición de dominio.....	10
Conductas restrictivas.....	11
CAPÍTULO 2: El Derecho de Competencia en el sector farmacéutico.....	12
El sector farmacéutico.....	12
Problemática del contrato de franquicia .....	15
Cláusula de compra exclusiva de las franquicias a los franquiciados....	16
Vulneración al Derecho de Competencia del contrato de Franquicia al sector farmacéutico. ....	19
CONCLUSIONES .....	23
RECOMENDACIONES .....	24
REFERENCIAS.....	25

## RESUMEN

El contrato de Franquicia es un instrumento mediante el cual una parte que adquiere el nombre de franquiciador, hace la entrega de un modelo de negocio, de la posibilidad de utilizar una marca, logo, signo distintivo a otra parte que adquiere el nombre de franquiciante que es quien tomará este modelo de negocio y lo empleará con la finalidad de obtener un rédito. El contrato de franquicia se ha utilizado en diferentes mercados, el mercado farmacéutico no es la excepción, es así que empresas distribuidoras de fármacos, han visto en el contrato de franquicia un modelo de negocio funcional y lucrativo. Por este motivo se han creado con el paso del tiempo diferentes cadenas de farmacias que se han vuelto franquicias de cada empresa y son estas farmacias las utilizadas para la distribución de los medicamentos que importa y distribuye cada empresa. El Derecho de Competencia es la rama del derecho que busca prevenir y sancionar las practicas que restrinjan, prohíban, limiten o falseen la competencia dentro del mercado. Es así que el Derecho de Competencia interviene en el sector farmacéutico, velando por que las practicas dentro de este sector del mercado sean equilibradas y justas de cara a los demás competidores y el consumidor final. De esta forma es menester analizar si el contrato de franquicia acarrea una afectación al Derecho de Competencia, ya sea de vista a los agentes económicos con poder de mercado, a los demás competidores en el mercado y al consumidor final.

**Palabras claves:** Contrato, franquicia, mercado, distribución, sector farmacéutico, competencia, Vulneración.

## ABSTRACT

The Franchise contract is an instrument through which a party that acquires the name of franchisor, delivers a business model, with the possibility of using a brand, the logo or a distinctive sign to another party that acquires the name of franchisor, that is who will take this business model and use it in order to obtain something in return. The franchise contract has been used in different markets, the pharmaceutical market is no exception, thus, drug distribution companies have seen in the franchise contract a functional and lucrative business model. For this reason, different pharmacy chains have been created over time that have become franchises of each company and it is these pharmacies that are used for the distribution of the medicines that each company imports and distributes. Competition Law is the branch of law that seeks to prevent and punish practices that restrict, prohibit, limit or distort competition within the market. Thus, Competition Law intervenes in the pharmaceutical sector, ensuring that the practices within this sector of the market are balanced and fair in the face of other competitors and the final consumer. In this way, it is necessary to analyze whether the franchise agreement affects Competition Law, either from the point of view of the economic agents with market power, the other competitors in the market and the final consumer.

**KeyWords:** Contract, Franchise, Market, Distribution, Pharmaceutical Market, Competence, Vulnerability.

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación procura identificar y ahondar en el contrato de franquicia como un instrumento que ha venido siendo utilizado dentro del sector farmacéutico ecuatoriano, la finalidad es demostrar si este instrumento contractual acarrea y trae consigo cláusulas que ocasionen que se incurra de una o varias maneras en prácticas que resulten un detrimento o una afectación al Derecho de Competencia. El campo que se utilizará para la investigación será el comportamiento de tres agentes económicos con poder de mercado, los cuales serán mencionados en el desarrollo del trabajo, el sector en el que indagará será en el farmacéutico de cara a los distribuidores farmacéuticos y a su participación en el mercado. El análisis que se llevará a cabo sobre la afectación al Derecho de Competencia será visto desde diferentes puntos de vista, en los cuales se encuentra la afectación a los agentes económicos con poder de mercado, los competidores dentro de la línea farmacéutica y los consumidores. Será un objetivo de esta investigación identificar el nivel de afectación que pueda existir en cada uno de estos niveles de la cadena productiva en el sector farmacéutico. Como cierre del trabajo se buscará dar una solución que resulte eficaz para evitar o impedir que existan dentro de este sector que resulta estratégico para la economía del Ecuador, prácticas que atenten, vulneren, infrinjan o restrinjan la libre competencia.

## **CAPÍTULO 1: El contrato de franquicia y el Derecho de competencia.**

El presente trabajo de titulación está enfocado a demostrar la afectación que causa el contrato de franquicia al Derecho de Competencia en el sector farmacéutico. Como punto principal se hará un recorrido por las principales instituciones que se ven involucradas en el sector farmacéutico, el Derecho de la Competencia y el contrato de franquicia. De este modo se logrará identificar si en la actualidad existe realmente una vulneración al Derecho de Competencia en el sector farmacéutico, sus causas, las consecuencias y las posibles soluciones a esta problemática.

### **Concepto de contrato de franquicia.**

Es menester dejar claro conceptos que son de vital importancia para comprender el fin de esta tesis. Como principal concepto, está el de franquicia o Franchising, descrito según la Real Academia de Lengua Española (2022), “Concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada”.

Sin embargo para aquellos entendidos en la materia, no existe una definición única para el contrato de franquicia, de este modo, Burlas-Couso (2001) definen el contrato de franquicia como un contrato que se basa en una permanente cooperación, por el cual una de las partes que adquiere el nombre de (franquiciante, otorgante o Franchisor) quien es el titular de un nombre comercial, un logo, signo distintivo, una marca, eslogan, etc, otorga a otra persona, quien tomará el nombre de (franquiciado, tomador, franchisee) un conjunto de derechos que le permitirán, comercializar, vender, explotar, distribuir de forma comercial bajo cuenta de su propio riesgo, en un área territorial definida, uno o varios productos o servicios, bajo el manto o la tutela, no únicamente de la marca con la que se puede identificar un producto, si no inclusive en la presentación de la imagen comercial obtenida, y así también aquellos métodos o procesos que son utilizados. Por lo general el tomador está supeditado al control, instrucciones o condiciones por parte del otorgante, esta es una forma de garantizar el cumplimiento del sistema que ha transferido el otorgante y así lograr el éxito del negocio.

Cabe analizar un amplio concepto de franquicia que presenta Figueiras (2021):

Una franquicia comercial es cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra llamada franquiciatario o franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o marca del franquiciante. Durante este contrato, el franquiciante provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado. Para ello, el franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás aspectos comprendidos en el sistema bajo franquicia. De lo contrario, debe tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato. (párr. 1,2,3)

En el Ecuador el contrato de franquicia o *Franchising* se encuentra regulado en el Código de Comercio Ecuatoriano (2019)

Art. 558.- La franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada el franquiciante u otorgante, en calidad de titular de un negocio, nombre comercial, marca u otra forma de identificar empresas, bienes o servicios, o de un bien o servicio, otorga a otra, llamada franquiciado o tomador, la posibilidad de explotar comercialmente, sus derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales, entre otros derechos, así como las actividades que se desarrollan con tal nombre, marca u otra identificación o bienes o servicios, dentro de los términos que se especifiquen en el contrato, a cambio de una retribución económica. (p. 101)

### **Origen y desarrollo del contrato de franquicia.**

Históricamente el contrato de franquicia tiene su origen en Estados Unidos de América aproximadamente en el año 1850 donde la empresa “*Singer Co*” buscó crear una cadena de distribución y venta para sus productos, con el paso de los años, *Howard Johnson* establece la primera franquicia de veinticinco negocios en

cadena. Es entre los años 1950 y 1960 que aparecen grandes empresas como Mc'Donalds y Burger King, Sheraton, entre otras que se valieron de esta nueva figura de franquicia para hacer crecer sus negocios. (Juan M. Farina, 1999).

Se puede colegir de los conceptos que se ha planteado con anterioridad y en el origen de la franquicia, que este sistema nace con el fin de poder lograr una expansión del negocio o comercialización de un determinado bien, producto o servicio. Con el propósito principal de que este, no pierda su calidad, su sabor (en caso de franquicias en la industria alimenticia), el precio del producto o servicio ofertado, entre otras características que permiten que se mantengan los elementos o cualidades que hacen tan codiciado el producto del negocio franquiciado. Esto trae consigo beneficios para ambas partes, tanto para el franquiciado, como para el franquiciador. Para el Franchisor, someter su negocio bajo la modalidad del contrato de franquicia, le permite obtener nuevos canales en los que podrá expandir el capital, obtener nuevos mercados y también hacerse de nuevos distribuidores o vendedores, hará que sus productos sean más conocidos y tengan más llegada al público en general. Por otro lado, para el franchisee, las ventajas van de la mano con la adquisición del derecho para comercializar el bien o el servicio, obtiene con ello la estabilidad, la experiencia, la solvencia comercial, la publicidad realizada por el otorgante, y clientes que conocen el producto con antelación.

Existen según la doctrina, diferentes modalidades de contrato de franquicia. Según el objeto, son tres los tipos de franquicias que resaltan. El profesor Sidney Bravo (2016) postula como tipos de contrato de franquicia, el industrial, el de distribución y el de servicios.

- **Franquicia industrial:** Es un contrato de colaboración empresarial permanente entre fabricantes de productos. Dentro de esta modalidad el franquiciante será el dueño de la marca, de las formulas o procedimientos cuya explotación cede a otro fabricante
- **Franquicia de distribución:** Contrato mediante el cual, el franquiciante es aquel que produce el bien o es aquel considerado comerciante mayorista de productos que, aunque puedan venir de diversos

fabricantes, es el franquiciante el que organiza la red de negocio que llevará acabo el franquiciado.

- **Franquicia de servicios:** Contrato por el cual, el franquiciante hace un traspaso del Know-How (Saber hacer) de las formulas o de las técnicas que se utilizan para desarrollar el producto de la franquicia. Los rubros en los que vemos comúnmente este tipo de franquicia, es en servicios de hoteles, de comida, de alquilar de vehículos, etc (p. 34-37)

### **La Competencia en el mercado.**

La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia define a la competencia como, “conjunto de esfuerzos que desarrollan los agentes económicos que, actuando independientemente, rivalizan buscando la participación efectiva de sus bienes y servicios en un mercado determinado.” Según Guillermo Gutiérrez Cárdenas (2012)

La competencia es un sistema comercial ya establecido e inherente al mundo empresarial de hoy. Ya sea por la competencia perfecta o imperfecta, como también en la denominada “desleal”, cualquiera sea ella, existe y convive en nuestro mercado; obviamente es útil para el consumidor cuando es correcta, así, cuando esta se da con ciertas libertades del mercado, tenderá de este modo a darse en un entorno económico beneficioso para quien consume un bien o servicio, que es en sí, el objetivo final. (p. 1)

Así también la Superintendencia de Control del Poder del Mercado del Ecuador describe a la competencia como aquella dinámica que nace dentro de los mercados cuando los agentes económicos que se encuentran inmersos en el mismo y ofrecen sus productos, actúan de manera independiente, lo que crea una rivalidad ente sí, esto se da con la finalidad de aumentar su nivel de participación y procurar atender y cubrir las necesidades de los consumidores. Todas las empresas tienen como objetivo principal, aumentar las ventas de aquellos productos o servicios que se ofertan y brindar productos a un mejor precio y de mejor calidad. (párr. 1)

En cambio, para Mauricio Velandia (2022) “La competencia es el enfrentamiento de las empresas por la clientela.” “Se trata de luchar por ser

escogido, de ganar. Para ello una empresa determina las necesidades que tiene un consumidor y trata con su actividad de satisfacer dicha necesidad a fin de buscar el beneplácito del mercado.”

En síntesis, la competencia es la dinámica en la que se ven inmersas las empresas que ofertan productos o servicios, misma que consiste en adquirir un mayor número de consumidores o clientes que les permitan así un mayor índice de ventas. La competencia se da en todos los mercados, en todos los niveles socio económicos, pues al existir la libertad para comerciar, y puesto que existen mercados abiertos en casi todos los sectores, las personas, ya sean naturales o jurídicas, intervienen en el ejercicio económico de la comercialización, ya sea de bienes o servicios.

Al ser la competencia una realidad de nuestra sociedad, trae consigo la posibilidad de que haya conflictos entre los competidores, conflictos que se originan por la actividad que desarrolla cada uno. Estos conflictos conforme se fueron suscitando, con el desarrollo de la sociedad, requirieron de una forma de tutela o regulación que permita solucionarlos. Es así que nace el Derecho de Competencia, con el afán de poder regular la conducta de los competidores, las prácticas competitivas y evitar las prácticas restrictivas de la libre competencia.

## **El Derecho de Competencia**

La Superintendencia de Control del Poder del Mercado del Ecuador conceptualiza el Derecho de Competencia como:

El conjunto de normas, conceptos y decisiones que viabilizan la aplicación de la política de competencia. Su implementación se enmarca en el **ámbito preventivo**, como una acción *ex-ante*, en el que se realiza el control de las operaciones de concentración económica y las labores de abogacía de la competencia para la promoción de una cultura de competencia. Así mismo, se encuentra el **ámbito correctivo y de sanción**, como una acción *ex-post*, donde se incorpora la investigación y sanción de conductas o prácticas que distorsionen, limitan o restrinjan de forma injustificada la competencia en los mercados. (párr 4,5)

El Derecho de Competencia es la rama del derecho que como objetivo principal busca garantizar que exista una competencia efectiva dentro de los mercados. Esta rama tiene por objeto prevenir, corregir y prohibir conductas que busquen crear una restricción a la competencia o prácticas que busquen dañar a otros competidores. (Paula Roldán, 2017)

El Derecho de Competencia por lo general opera de dos vías como hemos señalado antes, ámbito preventivo y el ámbito correctivo. El artículo uno de la Ley Orgánica de Regulación del Control de Poder de Mercado (LORCPM) señala el objeto de aplicación de esta ley dentro del territorio ecuatoriano, y expresa que el fin de la ley es prevenir, evitar, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado, del mismo modo señala que el objetivo es prevenir, prohibir y sancionar los acuerdos colusorio además de otras prácticas restrictivas que puedan darse en el mercado. La ley señala que se busca que haya una eficiencia dentro de los mercados, que desemboque en comercio justo y así obtener un bienestar común y el de los consumidores y usuarios. Todo esto para obtener un sistema económico funcional que resulte socialmente solidario y sostenible.

Con este señalamiento surge un conjunto amplio de nuevos conceptos a los que se buscará dar respuesta, comenzando por los agentes u operadores económicos, el artículo dos de la LORCPM señala que son operadores económicos las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional.

### **El Poder de Mercado o Posición de Dominio**

Así también es importante conceptualizar que se entiende por poder de mercado. Es así que el poder de mercado o la posición de dominio se define según Massimo Motta (2018) como:

Capacidad que tiene una empresa para aumentar los precios por encima de un cierto nivel competitivo, o precio de referencia, de manera rentable, (...) el poder de mercado por lo general se define como la diferencia entre los precios que cobra una empresa y sus costos marginales de producción. (p. 70)

Dentro de la legislación ecuatoriana, la LORCPM define en su artículo 7 al poder de mercado como “la capacidad de los operadores económicos para influir

significativamente en el mercado.” Del mismo modo la Comunidad Andina (2005) señala:

Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

Es así que, cuando nos referimos a un poder de mercado o posición de dominio, no nos encontramos frente a un efecto positivo o negativo, el hecho de que un operador económico cuente con un poder de mercado o posición de dominio no quiere decir que este operador esté fuera de lo que la ley establece, ni que haya una vulneración a la competencia. Un operador puede tener poder de mercado o posición de dominio y aun así cumplir con la normativa y ser un leal competidor dentro del mercado.

El problema se configura cuando aquel agente económico abusa de su posición de dominio o de su poder de mercado, es ahí cuando se vulnera el Derecho de Competencia de forma negativa, pues cualquier accionar dentro de este abuso de poder de mercado va a repercutir, ya sea en los demás competidores, o como puede darse el caso de que repercuta frente al consumidor.

### **Prácticas anticompetitivas**

Según la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia del Ministerio de Económica de Argentina “una conducta o práctica anticompetitiva es una práctica o acuerdo comercial para limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado de modo que pueda resultar en un perjuicio para el interés económico general.”

Dentro de las prácticas anticompetitivas se sitúan algunas conductas que son ejercidas por los agentes económicos con poder de mercado, estas conductas resultan en un detrimento de la competencia dentro del mercado, lo cual ocasiona un impacto negativo a los demás agentes económicos. Dentro de las prácticas anticompetitivas se encuentran el abuso de poder de mercado o de posición de dominio y las conductas restrictivas.

## **Abuso de poder de mercado o de posición de dominio**

El abuso de poder de mercado lo describe la LORCPM en su artículo nueve y señala que se producirá este abuso cuando uno o varios agentes económicos utilicen su poder en el mercado y procuren por cualquier medio restringir, impedir, falsear o distorsionar la competencia y que a su vez esto afecte la eficiencia económica o el bienestar general (p. 6)

Según el autor Mauricio Velandía (2022) El abuso de poder de mercado se da cuando un operador económico es tan grande que no tiene una competencia real en el mercado que le resulte un impedimento para el desarrollo de sus fines económicos y se puede dar el caso de que este operador económico se aproveche de esta posición y puede excluir o explotar a otros operadores económicos del mercado. El poder que tiene es de tal magnitud que puede darse que excluya o explote a otros y afecte el excedente del consumidor o el excedente del productor, sin que ningún otro operador se lo pueda impedir. (p. 70)

Así también la decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones incorpora un listado de que conductas se entenderán como abuso de posición de dominio, en el que incluyen conductas como La fijación de precios predatorios; La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios; La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva; La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

De este modo queda demostrado que el abuso de poder de mercado se puede configurar de varias maneras, de modo que practicas que restrinjan la competencia,

pueden ocasionar un desbalance en mercados específicos, poniendo en desventaja a los demás competidores y agentes económicos que participen dentro de este mercado.

## **Conductas restrictivas**

El concepto de conductas restrictivas se vuelve amplio, pues estas están comprendidas por una serie de posibles acciones en las que pueden incurrir los agentes económicos. La decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones trae consigo una lista de que actividades o conductas pueden entenderse como conductas restrictivas o abusos. Según la Comunidad Andina (2005) Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; Repartir el mercado de bienes o servicios; Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

En síntesis, se entiende por conductas restrictivas todas aquellas conductas que de alguna forma procuren limitar o impedir el acceso o permanencia en razón de eficiencia económica de otros competidores que ya se encuentren presentes en el mercado o que en un futuro podrían tener una importante participación en el mismo

En el Ecuador existe más de un sector en el que se encuentran inmersos dos temas tan relevantes como se ha señalado hasta ahora, el contrato de franquicia y el Derecho de Competencia. Existe un sector en particular que es el que corresponde analizar en el presente trabajo, el sector farmacéutico ecuatoriano. En este mercado, son varias las figuras jurídicas, normas y regulaciones que concurren, pero para el desarrollo de esta tesis se hará un enfoque en dos muy importantes, el contrato de franquicia y el Derecho de Competencia. Para hacer breve mención de cuál es la problemática aquí presente, veremos como convergen todos los conceptos que se ha señalado con anterioridad.

Según un estudio de mercado del sector farmacéutico, realizado por la Super Intendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador, actualmente el sector

farmacéutico ecuatoriano está dominado por tres grandes empresas, Grupo Difare, Grupo GPF y Grupo Farmaenlace. Se podrá observar en el desarrollo de esta investigación que hay ciertos grupos que tienen un mayor poder en el mercado que otros y como esto tienen repercusiones en el mismo mercado. Pero relacionado al propósito de este trabajo cabe señalar que no es el poder de mercado el objeto de esta investigación, sin embargo, si es el fin, estudiar cómo se ha generado este poder de mercado y cual ha sido la forma en la que estas empresas se han posicionado dentro de este mercado.

Es necesario señalar que el sector farmacéutico tiene una gran importancia para la economía ecuatoriana, pero así mismo es un sector que se encuentra dividido, debido a que es reducido el número de operadores económicos que se encuentran presentes en cada nivel de la cadena de producción de fármacos, el Ecuador y la región propiamente de América Latina se ha caracterizado por la importación de medicamentos. La producción de medicina, los procesos de investigación y de innovación en este sector se da en países de mayor desarrollo, donde se localizan grandes empresas, mismas que se sitúan como firmas líderes en el sector farmacéutico y son estas empresas las que negocian con empresas en Ecuador que fungirán como distribuidoras a nivel nacional o regional.

## **CAPÍTULO 2: El Derecho de Competencia en el sector farmacéutico.**

### **El sector farmacéutico**

Como se ha señalado con anterioridad, el Derecho de Competencia se encuentra en los diferentes rubros del mercado, el sector farmacéutico no es la excepción. Al ser un sector de tanto interés para la economía ecuatoriana entonces es necesario que haya una mayor regulación de la competencia, para garantizar así, una competencia libre y justa dentro de este sector. En este sentido existen varias leyes que regulan el sector farmacéutico, según la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (2015)

Las normas nacionales que regulan la salud y en especial el sector farmacéutico, así como la ley que regula la libre competencia, buscan que el mercado se desenvuelva a partir de prácticas honestas, eficientes y correctas

para conseguir un mercado dinámico y eficiente. De esta manera se garantiza el acceso a medicamentos de alta calidad y de precios justos. (p. 9)

## **El contrato de franquicia en el sector farmacéutico**

El contrato de franquicia ha sido utilizado en el Ecuador desde los años 1957 desde donde se puede tener un registro de la primera franquicia en llegar a Ecuador. Desde ese entonces este contrato ha ido evolucionando en los diferentes sectores, desde la comida rápida, hasta servicios como el de lavandería. En el sector farmacéutico también se inició el modelo de negocio de contrato de franquicia en el Ecuador, la primera franquicia en existir en el país fue la de Farmacias Cruz Azul, miembro del grupo Difare, y así con el paso del tiempo otras empresas comenzaron a emular este modelo de negocio, pues parecía resultar rentable.

Pero salta la pregunta, de quienes fueron aquellos susceptibles de franquiciarse, lo cierto es, que antes de que este sistema de franquicias fuera implementado en Ecuador, el país contaba con aquello que en el lenguaje coloquial se conoce como “farmacias de barrio” que no es otra cosa que las farmacias pequeñas que eran de propiedad de personas que se dedicaban a la compra y venta de productos médicos farmacéuticos. Estas farmacias pequeñas compraban a los laboratorios farmacéuticos en base a las necesidades que había en su comunidad. Las farmacias se surtían con el stock que cada una consideraba apropiado y tenían la posibilidad de negociar con cada laboratorio las condiciones de compra de sus productos. Cabe señalar y hacer hincapié que el tema de fármacos y su venta siempre ha estado estrictamente regulado desde el punto de vista sanitario, haciendo cumplir las normas para asegurar un producto de calidad y precio accesible para el consumidor final. Pero con el paso del tiempo, fueron estas farmacias de barrio las que fueron susceptibles de franquiciarse.

Al ingresar este nuevo sistema de franquicia en el sector farmacéutico, se fue vendiendo la idea de que ser parte de una franquicia era mucho mejor por las razones que fuere, con el paso del tiempo y con el desarrollo de este sector, cada vez más farmacias de barrio, pequeñas farmacias fueron acogándose a este nuevo concepto de franquicia.

De forma clara y evidente se podía ver como el mercado se iba copando de farmacias que un día fueron pequeñas y de barrio y que ahora se convertían en

franquicias. Este fenómeno empezó a traer consigo varias incidencias en el mercado, algunas buenas y otras perjudiciales. Estos efectos fueron sentidos por dos agentes importantes dentro de este mercado, los demás competidores y el consumidor final. En el caso de los otros competidores, al encontrarse frente una competencia con una farmacia franquiciada, se vio en una seria desventaja, pues la farmacia bajo la franquicia tenía la opción a realizar una baja de precios significativa a productos que tuvieran en común, pues al ser la franquicia un agente con mayor poder adquisitivo podía obtener mejores precios y descuentos del proveedor del medicamento. En cambio, la farmacia que decidía seguir siendo de barrio y no franquiciarse, no podía acceder a estos beneficios y por ende no podía dar menores precios. Resultó que en este mercado quedarán dos precios, el de los demás competidores y los precios de la franquicia, precios con los que no se podía competir y así las franquicias fueron fidelizando a sus clientes. Como mencionamos al principio quizá a simple vista podríamos decir que se vio beneficiado el consumidor final, pero no tomamos en consideración como ese supuesto beneficio de un precio menor, ocasionó un desbalance dentro del mercado farmacéutico.

Como se hizo mención antes, el modelo de negocio de las franquicias farmacéuticas fue tomando relevancia dentro de este mercado y más empresas comenzaron a abrir sus cadenas de farmacias, con la posibilidad de franquiciarse. Con el paso del tiempo empresas grandes como el Grupo Difare, abrió cadenas como Pharmacy's (No franquiciada) Cruz Azul (Franquiciada) Farmacias Comunitarias (Franquiciada) el Grupo Farcomed abrió franquicias como Fybeca (No franquiciada) SanaSana (franquiciada) y Farmaenlace estableció cadenas como Farmacias económicas (Franquiciada) Farmacias Medicity (Franquiciada). A razón de encontrarse el mercado tan acaparado por la nueva tendencia de farmacia en el modelo de franquicias, poco a poco fueron desapareciendo las farmacias de barrio pasando a ser franquicias de una gran empresa.

El negocio de franquicia en el sector farmacéutico consiste en que una empresa cuyo rubro de negocio es la distribución farmacéutica, vende a las pequeñas farmacias el nombre comercial de la farmacia que se busca posicionar en el mercado, así le permite al franquiciado hacer uso de la marca y a su vez el franquiciador dota de recursos al franquiciado para que tenga las facilidades en el negocio como, un sistema informático (Software) que le permita tener un mayor control de las ventas que se

realizan en la franquicia, así mismo este software cuenta con varias funciones que supone un beneficio al franquiciado, como por ejemplo conocer la rotación de los productos, lo que significa que tan frecuentemente este producto está siendo comprado. El sistema le permite también conocer que productos ya no se encuentran en stock y deben ser repuestos o comprados al distribuidor. El software permite conocer cuando un producto está por caducar y así poder hacer la devolución al distribuidor para evitar pérdidas.

A simple vista podría parecer que todo lo que encierra convertirse en una franquicia es positivo, pero contrario a lo que se puede creer, con la decisión de franquiciarse, son muchas las obligaciones que surgen como franquiciado.

### **Problemática del contrato de franquicia**

Se ha planteado cual ha sido la evolución que ha tenido el contrato de franquicia hasta la actualidad, ya que, en el presente, este modelo de negocio está en curso y se sigue implementando. Cada vez son más las farmacias que toman la decisión de convertirse en franquicia, ya sea por que la competencia es tal que les cuesta poder tener un crecimiento en el mercado, o simplemente ya no es rentable seguir siendo una farmacia de barrio, puesto que los precios de las franquicias resultan ser predatorios para estos establecimientos.

Como parte de esta investigación se ha podido identificar que en el desarrollo del sector farmacéutico en Ecuador se han presentado en muchos niveles y en escalas masivas, serias vulneraciones al Derecho de Competencia. Puesto que para que crecieran determinados grupos se dieron practicas como, acuerdos de exclusividad, restricción de oferta y demanda de bienes, el dificultar la permanencia de competidores en el mercado, fijación de precios predatorios, establecimiento de condiciones desiguales, fijación de distribución exclusiva de bienes o servicios, entre otras. Aunque sería ideal poder profundizar en cada uno de ellos y en como estuvieron presentes en el desarrollo del sector farmacéutico en Ecuador, solo nos centraremos en aquellas practicas anticompetitivas que trae consigo el contrato de franquicia.

El contrato de franquicia en el sector farmacéutico a primera vista trajo consigo consecuencias como que desaparecieran la mayoría de las farmacias de barrio y ahora la competencia sea entre franquicias, que de forma general resulta

en una competencia que se da entre los grupos con poder de mercado en este sector. Probablemente haya posturas que insinúen que no existe una vulneración por parte de estos grupos a la competencia, pues son las propias farmacias las que por decisión y cuenta propia eligen convertirse en una franquicia de un determinado grupo, pero lo cierto es que al ver que el modelo de farmacia tradicional no funciona frente a grandes farmacias en el mercado, se ven prácticamente obligadas a franquiciarse o a desaparecer, pues resulta difícil o imposible competir frente a los precios de las franquicias. Pero este problema podría estar sujeto a interpretaciones sobre si representa o no una práctica anticompetitiva.

El contrato de franquicia, que se encuentra en auge en el sector farmacéutico trae consigo una cláusula que es la razón del presente trabajo de investigación. Los grandes grupos que utilizan este modelo de negocio, de franquiciar sus marcas, han tenido como objetivo principal lograr posicionar los productos de cada uno de los grupos en el mercado, es así que los productos que son importados por Grupo Difare, son distribuidos únicamente en las franquicias que son parte del grupo Difare, los productos que son importados y distribuidos por el grupo GPF son únicamente vendidos en las franquicias que son parte del grupo GPF y así en los demás casos, esto hace que haya una competencia por quien tiene en stock ciertos productos y quien no los tiene.

### **Cláusula de compra exclusiva de las franquicias a los franquiciados**

Que las franquicias vendan los productos que cada grupo importa y distribuye solo se logra convenciendo a los franquiciados de que compren a los grupos franquiciadores los productos de ellos. Cabe señalar y es importante tener en cuenta que antes de franquiciarse el dueño de la farmacia tenia la posibilidad de comprar el stock de sus productos al distribuidor que los tuviera a menor precio y que le resultara más conveniente, económicamente hablando. Así mismo tenía la posibilidad de surtirse de productos varios, de diferentes marcas y provenientes de diferentes laboratorios o proveedores. Pero esta libertad se ve coartada con el sistema de franquicia, pues no es, como antes se expuso, el caso de que los franquiciadores convenzan a los franquiciados de comprar los productos que los franquiciadores importan y distribuyen. Por el contrario, no es opcional, puesto que hay una cláusula en el contrato que especifica, que los productos deben ser

adquiridos únicamente del franquiciador, o de sus filiales o de los proveedores debidamente autorizados, y existe un manual de franquicia que les especifican que productos y de que proveedores podrán ser comercializados en las franquicias.

Esta cláusula en ocasiones lleva el nombre de “Adquisición de bienes a ser comercializados en la franquicia” en la que especifican que con la finalidad de cuidar la calidad del producto es el franquiciador quien venderá al franquiciado los productos que se comercializarán en la franquicia. Este tipo de cláusula podría entenderse que se encuentre presente en el caso de una franquicia que fabrique sus propios productos, pues en efecto, si se ha obtenido en el tiempo, cierto prestigio y buen nombre por la calidad de determinado producto, es indispensable que este se mantenga y sea el franquiciador el único que pueda vender al franquiciado dicho producto, pues es por las características del mismo producto que las personas buscarán acudir a dicha franquicia.

Al realizar un análisis al comportamiento de las distribuidoras farmacéuticas, que en este caso son quienes adquieren el papel de franquiciadoras, es evidente que la labor que desempeñan estas, es la de importar y distribuir sus productos, más sin embargo están utilizando el contrato de franquicia, para de una forma u otra conminar a las franquicias a que solo puedan vender los productos que tienen en stock estas distribuidoras, esto a más de limitar el funcionamiento de los franquiciados, les permite a las distribuidoras jamás quedarse sin compradores, pues en el caso ecuatoriano, no resulta de la operación que el franquiciador le entrega los productos a las franquicias para que estas las vendan y de esas ventas poder obtener un rédito, pues no, al contrario, el franquiciador farmacéutico, vende al franquiciado los productos mensualmente, y no únicamente los productos que la franquicia necesita, si no que establecen valores mínimos que deberán ser vendidos y por ende establecen un valor mínimo que la franquicia deberá comprarle a la distribuidora, así aseguran que habrá siempre liquidez para continuar con el negocio.

Dentro de la investigación in situ realizada se pudo constatar que en ocasiones dentro del contrato de franquicia, a modo de escudo contra la crítica sobre la afectación al Derecho de Competencia, se establece como parte de la cláusula que determina los bienes que serán comercializados dentro de la

franquicia, una redacción que lleva al análisis de que la compra de productos por parte del franquiciado al franquiciador, deberá hacerse de forma “prioritaria” así existe una defensa diciendo que no hay una obligatoriedad como tal, si no es meramente una posibilidad de que el franquiciado deba de manera prioritaria adquirir los bienes a comercializar por parte del franquiciador.

En la practica la realidad resulta ser un poco diferente, pues en el sistema (Software) que es entregado por parte del franquiciador al franquiciado, hay una restricción que solo permite que sean ingresados los productos que son de la franquicia, recordemos que el sistema (Software) con el que cuentan las farmacias es aquel que les permite llevar la contabilidad de los productos que ingresan a stock y aquellos que se venden, pero si el franquiciado deseara vender productos fuera de los que el franquiciador entrega, este se vería imposibilitado de ingresarlo para la venta en su farmacia. Por esta razón las franquicias no optan por comprar productos fuera del stock del franquiciador, pues podrían enfrentarse a problemas como descuadres en los valores de las ventas, o que la mercadería no se pueda inventariar de forma correcta y se extravíe o sea complicado contabilizar cuanto ingresa y se vende. Frente a todas estas dificultades el franquiciado evita adquirir productos fuera de los que el franquiciador pueda facilitarle.

Pero si se observa desde el punto de vista del Derecho de Competencia, se podrá identificar que claramente esta clausula acarrea varias vulneraciones al Derecho de Competencia. Comenzando con la afectación que puede percibir el franquiciado, desde esa óptica se puede ver inmediatamente que este franquiciado no podrá adquirir de forma independiente el o los productos que anteriormente adquiriría bajo las condiciones de negociación particular de cada uno de los proveedores. Pero resulta que parte de ser un empresario o microempresario y tener un negocio como el farmacéutico, es tener la capacidad de negociar lo que resultare más conveniente para el giro del negocio. Es así como el franquiciado puede en ocasiones encontrar productos en el mercado que resultaban por mucho o poco más económicos de lo que resulta ahora la compra única al franquiciador. De este modo podemos ver la primera afectación hacia el Derecho de Competencia, a escoger libremente a quienes se les compra la mercadería, la ley orgánica de regulación del control de poder de mercado en su artículo 9 sobre abuso de poder de mercado dice “En particular, las conductas que constituyen

abuso de poder de mercado son: 11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.”

### **Vulneración al Derecho de Competencia del contrato de Franquicia al sector farmacéutico.**

En el orden de afectaciones al Derecho de Competencia, también podemos situar a los afectados indirectos por esta cláusula y práctica, es el caso de los demás competidores en el mercado, situándonos en el mercado de la distribución farmacéutica, mercado que en la actualidad en el Ecuador es amplio. No solo que el franquiciado se ve imposibilitado de comprar a otros distribuidores a pesar de que fuera a un costo menor, si no también se da, que las demás distribuidoras no le pueden vender a las franquicias, ni los laboratorios farmacéuticos podrán vender directamente a las franquicias, pues se verán imposibilitados por la prohibición expresa que presentan los contratos de franquicia. En este sentido tenemos otra afectación al Derecho de Competencia de cara a los demás competidores.

La LORCPM trae tipificadas varias conductas que se encajan en este tipo de comportamientos, el artículo nueve hace referencia al abuso de poder de mercado y menciona:

Art. 9 En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.

15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.

22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica. (p. 6, 7)

Esto demuestra que existe realmente una vulneración al Derecho de Competencia de cara a los demás competidores en el mercado de la distribución farmacéutica al impedir que estos vendan productos a las franquicias y limitan la posibilidad de posicionar los productos de los competidores independientes.

Es importante también que como agentes afectados por esta cláusula dentro del contrato de franquicia, situar a los consumidores, aquel que compra los productos en las franquicias, este consumidor final se verá frente a un problema cuando quiera comprar determinado producto y este no sea importado o distribuido por una franquicia si no por otra distinta. Por ejemplo, si un cliente desea determinado medicamento y se acerca a una farmacia Cruz Azul y este no se encuentra en el stock por no ser un producto distribuido por el Grupo Difare, el cliente deberá acudir a otra franquicia de un grupo distinto para intentar localizar el medicamento.

Dentro de la investigación in situ realizada, en una entrevista se dio como respuesta a esta problemática, que la mayoría de los medicamentos tenían un reemplazo y podían si bien es cierto no encontrar determinado medicamento de un laboratorio específico, podrían encontrar una medicina con los mismos compuestos solo que con otro nombre y de otro laboratorio farmacéutico. Lo que hace que el cliente deba cambiar su preferencia en el producto y se vea imposibilitado de acceder al producto deseado. Esto no lo veríamos presente si por la experiencia en el giro de negocio, el franquiciado pudiera adquirir los productos que sabe que en su comunidad son necesarios a pesar de que estos no sean distribuidos por el franquiciador.

Existen posturas que sostienen que el contrato de franquicia en el sector farmacéutico como hasta ahora lo hemos descrito, es un tipo de contrato de franquicia de distribución, mismo que ha sido tratado en páginas anteriores. Sin embargo no cumple del todo las características de fondo que este contrato trae consigo, pues si bien es cierto los grandes grupos franquiciadores no son

productores, si son distribuidores y lo que en teoría se supone que tornan franquicias es el sistema de negocio de venta, pero al limitar la posibilidad de que el franquiciado pueda abastecerse y comprar a otros competidores, se vuelve en una afectación al Derecho de Competencia, no obstante los grandes grupos franquiciadores han utilizado este modelo de negocio de franquicia para así poder mantener una venta exclusiva de sus productos en lo que antes era una farmacia de barrio y con el tiempo por las presiones del mercado se tuvo que convertir en una franquicia.

Como parte de la investigación se realizó una entrevista en la que el entrevistado señaló que el contrato de franquicia trae muchos beneficios para el franquiciado, pues en ocasiones el franquiciador se preocupa por el crecimiento del franquiciado, se lo dota de tecnología tanto en hardware como es software que le permitan estar actualizados en el giro de negocio, así también capacitan a los dependientes y se preocupan porque los trabajadores de las franquicias cuenten con el seguro social obligatorio en Ecuador en cualquier relación laboral.

Como parte de la entrevista el entrevistado aseguró que la inversión que realiza el franquiciador es muy alta, para que el franquiciado goce de los beneficios que el nombre comercial y la marca le permiten obtener. Dentro del presente trabajo de investigación se pudo constatar que las aseveraciones realizadas eran ciertas, sin embargo, el hecho de dar beneficios a los franquiciados no excluye que el contrato de franquicia y en especial la cláusula que se ha analizado, sean conductas anticompetitivas que afecten directamente el Derecho de la Competencia.

Al llegar a este nivel de la investigación se puede concluir que en efecto nos encontramos frente a un caso de afectación al Derecho de Competencia, al ser la cláusula de distribución exclusiva atentatoria a la libre competencia entre los agentes económicos en el rubro de distribución farmacéutica. Por esta razón cabe proponer que, dentro del modelo de negocio de franquicia, no se aplique la cláusula de distribución exclusiva, al contrario, se debe permitir que los franquiciados se surtan con el stock provenientes de los proveedores que crean convenientes y que esté acorde a sus necesidades y las de la comunidad donde se encuentra la franquicia.

Esto no exenta al franquiciador de tener el control de aquellas actividades que se realizan en la franquicia y de establecer las políticas bajo las cuales se adquirirán los productos con el fin de precautelar el modelo de negocio. Por último, una posible solución es también que se evalué la posibilidad de emplear otro contrato diferente al de franquicia para el modelo de negocio, los contratos posibles a utilizarse es el de Know-How (Saber hacer) y distribución, que son contratos que podrían mantener la naturaleza del giro del negocio y continuar generando un rédito a ambas partes.

## CONCLUSIONES

En base al desarrollo de la presente investigación realizada, se llega a las siguientes conclusiones generales:

Primera: El contrato de franquicia se ha utilizado en varios sectores del mercado con la finalidad de potenciar los negocios pequeños y llegar a un mayor segmento de mercado, haciendo así que la marca sea reconocida por mas personas en el país. El sector farmacéutico ha empleado con mucho éxito el sistema de franquicia como modelo de negocio para la distribución de productos farmacéuticos.

Segunda: El contrato de franquicia desde su inicio al convertir a agentes económicos independientes, en parte de un agente económico con amplio poder de mercado, tuvo incidencia en el Derecho de Competencia del sector farmacéutico. Al tener ventajas por ser operadores con poder de dominio pusieron en desventajas a las pequeñas farmacias, las cuales tuvieron que adoptar el sistema de franquicias y así hubo una afectación directa al Derecho de Competencia.

Tercera: El contrato de franquicia al contener una clausula que impide la libre competencia con los demás competidores, vicia como tal el Derecho de Competencia y hace que las condiciones en el mercado no sean justas para los demás agentes económicos que participan de este mercado.

Cuarta: El contrato de franquicia resulta perjudicial para el Derecho de Competencia desde una mirada global, representa una afectación tanto para los demás agentes económicos con poder de mercado, como para los operadores económicos que compiten dentro de este sector, así como al consumidor. Las afectaciones son múltiples ya sea de forma directa o indirecta.

## RECOMENDACIONES

En consideración a los temas que abarca el presente trabajo de investigación, cabe realizar las siguientes recomendaciones:

Primera: El contrato de franquicia no debería limitar a los franquiciados a comprar únicamente al franquiciador los productos que no sean de producción de este, debería permitir que el franquiciado se surta de los productos que considere son necesarios para el funcionamiento y rentabilidad del negocio. No obstante, el franquiciador debe fungir de ente controlador y regulador de las condiciones en las que se da la adquisición de los productos y velar por que los productos que sean vendidos en la franquicia gocen de las cualidades que el franquiciador crea necesaria.

Segunda: Si el franquiciador basa su argumento en que los beneficios que le entrega al franquiciado requieren de una inversión significativa por parte del otorgante y se ampara diciendo que todo lo que el franquiciador brinda al franquiciado es lo importante del modelo de negocio, entonces el contrato que se debería emplear sería otro que no atente el Derecho de Competencia, debería situarse posiblemente en un contrato de distribución si se desea que los productos sean vendidos y las ganancias repartidas, y si el interés es únicamente posicionar el modelo de negocio, el contrato que podría encajar para las necesidades del franquiciador es el de Know-How y cobrar por este saber hacer un valor que sea representativo para ceder el modelo de negocio.

Tercera: El contrato de franquicia debería mantenerse si el franquiciador tuviera la intención de seguir posicionando su marca, sin embargo debería competir en igualdad de condiciones con los demás agentes económicos y crear un mercado para la participación de todos aquellos que pudieran tener un potencial en el sector farmacéutico y permitir que sea el consumidor y los demás agentes económicos los que posicionen a determinada empresa como el máximo exponente del sector farmacéutico y no que sean las conductas anticompetitivas y la vulneración al Derecho de la Competencia el que le permita convertirse en el agente económico con mayor poder de mercado en todo el sector.

## REFERENCIAS

- Acedo, Á. (2012). Fundamentos Constitucionales de la Protección Jurídica de los Consumidores en el Ordenamiento Español y en la Unión Europea. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 7-29.
- Alvear, J. (2016). Consumidor y Empresario: ¿Relaciones Jurídicas Conflictivas? Hacia una Concepción relacional del Derecho del Consumidor. *Revista Chilena de Derecho*, 43, 3, 813-848. <https://doi.org/0718-3437>
- Alvear, J. (2017). *Libertad Económica, Libre Competencia y Derecho del Consumidor*. Tirant lo blanch. <https://doi.org/978-84-9169-136-5>
- Baquero, I. S. (2022). *Estudios de Derecho de la Competencia*. Universidad Externado de Colombia . <https://doi.org/978-958-790-882-4>
- Burlas-Couso. (2001). El Contrato de Franquicia. En R. A. Etcheverry, *Contratos Parte Especial*. Astrea.
- Cárdenas, G. G. (2012). La competencia empresarial y su aplicabilidad. En C. Vásquez, *Memorias del II Congreso Binacional de Investigación, Ciencia y Tecnología de las Universidades del Sur del Ecuador y Norte del Perú* (pp. 25-41).
- Código de Comercio [CCom]. Artículo 558. 29 de Mayo del 2019. (Ecuador).
- Coloma, G. (2009). *Defensa de la Competencia*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Comisión de la Comunidad Andina. (2005, 28 de marzo). *Decisión 608 de 2005*. Lima, Perú .  
[https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad\\_ca/](https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/normatividad/normatividad_ca/)
- Ecuador, S. d. (2022). *Superintendencia de Control del Poder de Mercado*. Hablemos de Competencia: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion/#:~:text=El%20Derecho%20de%20la%20Competencia,de%20la%20pol%C3%ADtica%20de%20competencia.>
- Española, R. A. (2022). *Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/franquicia>
- Farina, J. M. (1999). *Contratos Comerciales Modernos*. Astrea. <https://doi.org/950-508-399-8>

- Fernández, J. A. (2008). *Los Principales Contratos Civiles*. Librería Ediciones del Profesional. <https://doi.org/978-958-707-319-5>
- Figueiras, S. (23 de Abril de 2021). *Centro Europeo de Postgrado*. <https://www.ceupe.mx/blog/que-son-las-franquicias.html>
- Gómez, S. I. (2018). *La atipicidad e irregularidad del Contrato de Franquicia en el Ecuador*. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Instituto Español de Comercio Exterior. (2006). *El Mercado de la Franquicia en Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Quito. <https://boletines.exportemos.pe/recursos/boletin/25232.pdf>
- Jasma, F. A. (2015). Derecho de la Libre Competencia. *Revista Chilena de Derecho*, 233-250.
- Juan Ignacio Signes de Mesa, I. F. (2013). *Derecho de la competencia*. Editorial Civitas. <https://doi.org/9788447041381>
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [Asamblea Nacional del Ecuador]. 13 de Octubre del 2011. Registro Oficial Suplemente No. 555
- Martinez, J. C., y Sevilla, M. M. (2014). *Régimen de Competencia*. Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://doi.org/978-9942-10-083-2>
- Melgar, S. A. (2016). *Contratos Modernos Empresariales*. Ediciones Legales. <https://doi.org/9786124115196>
- Motta, M. (2022). *Política de competencia: Teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/6071674727>, 9786071674722
- Navarro, E. (2001). La Libertad Económica y su Protección . *Revista Chilena de Derecho*, 28, 2, 299-310.
- Orellana, Á. J. (2018). *Calidad de Servicio, un Modelo de Gestión Competitivo para el Sector Farmacéutico*. Universidad Técnica de Ambato.
- Ortiz, L. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Tecnos. <https://doi.org/978-84-309-4809-3>

- Roldán, P. N. (02 de Octubre de 2017). *Derecho de la competencia*. Economipedia:  
<https://economipedia.com/definiciones/derecho-la-competencia.html>
- Romero, C. M. (2021). *Curso de Derecho Mercantil*. ONI Grupo Editorial.  
<https://doi.org/978-9942-799-07-4>
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (2015). *Estudio de Mercado Sector Farmacéutico Ecuatoriano*. Dirección Nacional de Estudios de Mercado.  
<https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/01/Estudio-de-mercado-en-el-sector-farmaceutico.pdf>
- Valdés, D. (2009). *Libre Competenci ay Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile.  
<https://doi.org/9561017008>
- Velandia, M. (2022). *Derecho de la Competencia y del Control de Poder de Mercado Para Ecuador*. Editorial Edino. <https://doi.org/978-9978-21-112-0>
- Vitoria, I. G. (2007). *La Libertad de Empresa ¿Un Terrible Derecho?* Universidad de Valladolid.



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Santos Villafuerte, Mario Fernando** con C.C: # **0927095992** autor del trabajo de titulación: **Contrato de franquicia, un obstáculo para la libre competencia en el sector farmacéutico ecuatoriano** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

**Guayaquil, 06 de febrero de 2023**

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Santos Villafuerte, Mario Fernando**

C.C: **0927095992**



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Contrato de franquicia, un obstáculo para la libre competencia en el sector farmacéutico ecuatoriano.	
AUTOR	Santos Villafuerte, Mario Fernando	
REVISOR/TUTOR	Abg. Benavides Verdesoto, Ricky Jack. Mgs	
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil	
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas	
CARRERA:	Derecho	
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador	
FECHA DE PUBLICACIÓN:	06 de febrero de 2023	No. DE PÁGINAS: 26
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho De La Competencia, Derecho Mercantil, Franquicia	
PALABRASCLAVES/ KEYWORDS:	Contrato, Franquicia, Mercado, Distribución, Sector Farmacéutico, Competencia, Vulneración.	
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El contrato de Franquicia es un instrumento mediante el cual una parte que adquiere el nombre de franquiciador, hace la entrega de un modelo de negocio, de la posibilidad de utilizar una marca, logo, signo distintivo a otra parte que adquiere el nombre de franquiciante que es quien tomará este modelo de negocio y lo empleará con la finalidad de obtener un rédito. El contrato de franquicia se ha utilizado en diferentes mercados, el mercado farmacéutico no es la excepción, es así que empresas distribuidoras de fármacos, han visto en el contrato de franquicia un modelo de negocio funcional y lucrativo. Por este motivo se han creado con el paso del tiempo diferentes cadenas de farmacias que se han vuelto franquicias de cada empresa y son estas farmacias las utilizadas para la distribución de los medicamentos que importa y distribuye cada empresa. El Derecho de Competencia es la rama del derecho que busca prevenir y sancionar las practicas que restrinjan, prohíban, limiten o falseen la competencia dentro del mercado. Es así que el Derecho de Competencia interviene en el sector farmacéutico, velando por que las practicas dentro de este sector del mercado sean equilibradas y justas de cara a los demás competidores y el consumidor final. De esta forma es menester analizar si el contrato de franquicia acarrea una afectación al Derecho de Competencia, ya sea de vista a los agentes económicos con poder de mercado, a los demás competidores en el mercado y al consumidor final.</p>	
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593967901265	E-mail: mario.santos@cu.ucsg.edu.ec
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza	
	Teléfono: +593-4-2222024	
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec	
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>		
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):		
Nº. DE CLASIFICACIÓN:		
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):		