



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA
IV PROMOCIÓN**

**Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención del grado de
Magíster en Derecho Empresa**

TÍTULO DEL TRABAJO:

**EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL
ECUADOR Y SU PROBLEMÁTICA**

**Nombre Del Maestrante:
Sara Maridueña Orellana**

2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Sara María Maridueña Orellana

DECLARO QUE:

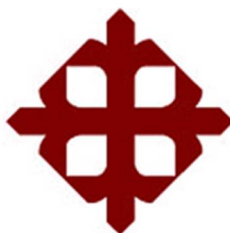
El examen complejo “El Régimen Jurídico del Contrato de Franquicia en el Ecuador y su Problemática” previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Empresa**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 20 días del mes de marzo del año 2017

EL AUTOR

Ab. Sara María Maridueña Orellana



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESA**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Sara María Maridueña Orellana

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo “El Régimen Jurídico del Contrato de Franquicia en el Ecuador y su Problemática” cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 20 días del mes de marzo del año 2017

EL AUTOR:

Ab. Sara María Maridueña Orellana

Agradecimiento – Dedicatoria

A:

Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A mi familia, Mami Nelly (+), Papito (+), y mis hermanos (Rosy y Julio), por ser el pilar fundamental en todo lo que soy, en toda mi educación, tanto académica, como de la vida, por su incondicional apoyo perfectamente mantenido a través del tiempo.

A mis amigos, Christian Peña Orellana, por creer en mí en cada paso que doy, apoyarme en las decisiones que tomo y animarme a conseguir mis metas. Te amo.

A mis amigos, por su cariño, confianza y, sobre todo, el tiempo que invierten en mí. Los amigos son dones de Dios.

Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

ÍNDICE

CAPÍTULO I.....	1
INTRODUCCIÓN	1
1.1. EL PROBLEMA	1
1.2. OBJETIVOS.....	2
1.3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	2
1.4. CLASES DE FRANQUICIAS	4
1.5. FRANQUICIAS POR CUBRIMIENTO.....	6
1.6. POR GRADO DE INTEGRACIÓN	7
1.7. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	8
1.8. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA	9
1.9. DEFINICIONES BÁSICAS DENTRO DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA: 12	
1.10. EL “KNOW-HOW”	13
1.11. PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.12. FINES, UTILIDAD Y RELEVANCIA O APOORTE DE LA INVESTIGACIÓN 14	
CAPÍTULO II	16
DESARROLLO	16
2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	16
2.2. EL PROBLEMA	18
2.3. LA RELACIÓN ENTRE LA FRANQUICIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL 24	
2.4. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	28
2.5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA..	33
2.6. METODOLOGÍA	35
CAPITULO III.....	42
CONCLUSIONES	42
3.1. BASE DE DATOS NORMATIVOS	42
3.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS	50
BIBLIOGRAFÍA.....	61
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	61
FUENTES NORMATIVAS.....	63
ANEXOS.....	64

*“no todo tipo de empresa es franquiciable,
para poder franquiciar la empresa es
necesario que exista un know-how”*

RESUMEN

El derecho mercantil y comercial como conocemos, es una materia muy dinámica pues desde sus inicios, se ha formado en base a la costumbre y a la negociación por parte de los comerciantes.

Tal es así que constantemente nos encontramos con novedades las cuales desembocan en una serie de disposiciones que con el tiempo se recogen dentro del ordenamiento jurídico compilándolas dentro de leyes y normativa que en el futuro son obligatorias para las partes implicadas. En este caso, hablaremos del contrato de franquicia, conocido superficialmente por todos pero siendo atípico a la presente fecha, pues ninguna ley contiene preceptos jurídicos sobre los cuales suscribir un contrato o que sirvan de guía para implementar una actualmente, por lo cual el análisis y la posterior elaboración de propuesta de normativa legal podría ayudar en un futuro a sacar mejor provecho de este novedoso formato comercial o modelo de negocio, cuyo aprovechamiento llevaría a generar la utilidad esperada a ambas partes contratantes.

PALABRAS CLAVES:

Derecho mercantil. – franquicia. – contrato. – disposiciones. – saber hacer.

ABSTRACT

The commercial law as we know it, is a very dynamic subject since from its beginnings, it has been formed based on the custom and the negotiation on the part of the merchants.

This is how we constantly find new developments which result in a series of provisions that over time are collected within the legal system by compiling them into laws and regulations that in the future are mandatory for the parties involved. In this case, we will talk about the franchise agreement, known superficially by all but being atypical to the present date, since no law contains legal provisions on which to subscribe a contract or that serve as a guide to implement one at the moment, so the analysis and The subsequent elaboration of proposed legal regulations could help in the future to take better advantage of this novel commercial format or business model, the use of which would lead to generate the expected utility of both contracting parties and to prevent any disputes that may arise as a result of poor management.

KEYWORDS:

Commercial law. - franchise. - contract. - dispositions. - know how

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. EL PROBLEMA

La presente investigación se encuentra dirigida al análisis del contrato de franquicia en nuestro país, lo cual actualmente por su auge se ha constituido en un interesante sistema de creación de nuevas fuentes de trabajo y por otro lado se encuentra dinamizando la economía mediante la generación de nuevos ingresos, así como el desarrollo de negocios y la transferencia de tecnología dentro de nuestro país. Sin embargo, en Ecuador como en distintos países de Latinoamérica principalmente, no se encuentra enmarcado dentro del ordenamiento jurídico, dejando a las partes contractuales el libre albedrío de pactar lo que consideran necesario, lo cual puede incurrir en una serie de abusos y atropellos a los derechos de los contratantes y crea la necesidad de establecer los parámetros sobre los cuales se debe acordar en dicho contrato para beneficio de ambas partes, que es lo que se busca desde un inicio. Es de conocimiento general el tema de la globalización y la incidencia que tiene en la economía de cada país, por lo cual nos lleva a expandir las fronteras y a procurar una integración regional o internacional, mucho más en nuestro país que por su adversa situación económica, lo que busca es atraer la inversión extranjera donde juega un papel importante la implementación de esta figura denominada franquicia, la cual lleva implícita distintos elementos inmateriales que deben ser minuciosamente estudiados previo a su acuerdo con la finalidad de llegar a un resultado de negociación “ganar-ganar”.

Por esta razón, se ha decidido realizar el estudio del contrato de franquicia, lo cual al principio se pensó encontrar mucho aporte bibliográfico y jurisprudencial que sirva de guía, lo cual no fue así, existiendo únicamente valiosos artículos elaborados por estudiosos y expertos de la materia, siendo necesario además acudir a doctrina extranjera, y cualquier otro documento que nos sirva para el análisis del objeto de investigación, lo que ha conllevado a realizar un proyecto de compilación de disposiciones que regulen la figura. Es menester, para el resultado de esta investigación tomar en consideración muchos aspectos que podrían ser de gran importancia dentro de su instrumentación, lo cual está compuesto como todo contrato de la fase precontractual y contractual, cuyos

aspectos no son únicamente legales sino de otras materias que en conjunto nos llevaría a una negociación exitosa y un beneficio para las partes, además de considerar que este puede ser de carácter internacional lo cual nos obliga a considerar una normativa que recoja todos estos aspectos. El Derecho Mercantil y Comercial se encuentra sujeto a constantes cambios, los cuales comienzan por tornarse frecuentes entre las partes intervinientes, y dando paso a nuevas formas de contratación tales como la franquicia en este caso concreto.

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General

Establecer los inconvenientes que se presentan dentro de la instrumentación e implementación de las franquicias en nuestro país al no contar con un ordenamiento jurídico que lo incluya.

1.2.2. Objetivos Específicos

- 1) Determinar las falencias que se llevan a cabo dentro de la ejecución del contrato de franquicia.
- 2) Delimitar el alcance de dicho contrato para que las partes tengan claros sus deberes y obligaciones.
- 3) Crear un marco jurídico adecuado mediante el cual se pueda aclarar los roles de los franquiciados y franquiciantes, de modo que éste contrato represente un beneficio para las partes.
- 4) Determinar las consecuencias que podrían darse por su mal funcionamiento o negligencia y las consecuencias que conlleva.

1.3. BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

Para realizar el presente trabajo de investigación, se debe tener claro los conceptos a tratar y la figura jurídica:

1.3.1. Concepto de Franquicia

El contrato de franquicia se puede definir como el convenio entre dos o más personas naturales o jurídicas en la cual una parte denominada franquiciante autoriza el uso o comercialización de su negocio bajo los esquemas de la propiedad intelectual a

cambio de un pago inicial realizado por el franquiciado conocido como “franchise fee” y los pagos periódicos por concepto de asesoría continua para alcanzar los resultados esperados, sin esto no se justifica su pago. (García Giliberti, 2013)

A continuación, me permito citar definiciones de doctrinarios estudiosos en la materia:

Marín Fuentes define a la Franquicia como *“aquella clase de contrato que está en relación con un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, “know-how” o patentes que deberán ser explotadas para a reventa de productos o la prestación de servicios a usuarios finales.”* (Marín Fuentes)

Organización Mundial de Propiedad Intelectual en su Guía de Franquicias refiere tres factores característicos de este contrato:

“1.- Licencia para utilizar el sistema.

2.- Relación interactiva continua

3.- El derecho del licenciante a establecer la forma de operar el negocio.”

(Organización Mundial de Propiedad Intelectual)

El Dr. Leonidas Villagrán en su publicación “Los aspectos legales de la Franquicia en el Ecuador” cita diversas definiciones de varios autores tales como, (Villagrán Cepeda, s.f.)

“Es un contrato que tiene por objeto la transferencia por parte de una persona llamada franquiciador, de bienes, servicios, propiedad intelectual e industrial y conocimientos a otra denominada franquiciatario, con el fin de que éste último los explote comercialmente bajo su riesgo empresarial, de acuerdo con las directrices e instrucciones que al efecto le son provistas por el primero” “Se entenderá como un acuerdo de franquicia, aquel en que el proveedor, además de conceder el uso o autorización de marcas o nombres comerciales al adquiriente, transmitirá conocimientos técnicos o proporcione asistencia técnica”

Enrique González-Rodrigo González

"Un método de colaboración entre un empresario franquiciador y otros empresarios, que se denominan franquiciantes, los cuales son independientes del primero, tanto en el plano económico como el jurídico"

Modesto Bescos

"Un sistema de comercialización, un método para distribuir bienes o servicios a los consumidores. Conciérne a dos tipos de personas: franquiciante, quien desarrolla el sistema y presta su nombre o marca registrada y el franquiciatario que adquiere el derecho de operar el negocio bajo el nombre o la marca registrada del franquiciante"

Steven S. Raab - Gregory Matusky

"Art. 142. Existirá franquicia cuando con la licencia de uso de una marca se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede 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, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta designe."

México: Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial

"La palabra "franquicia" tiene origen francés, significa libertad o derecho concedido. Originalmente la palabra se utilizó en las épocas medievales y el derecho tenía que ver con la explotación de las tierras ríos, bosques o algún otro dominio del rey..."

Francisco Patiño

1.4. CLASES DE FRANQUICIAS

Dentro de la revisión del tema podemos citar diversas clasificaciones de contratos de franquicias.

1.4.1. Franquicia industrial o de producción

A través de la cual el franquiciador cede al franquiciado, mediante contraprestación, una patente y/o know-how técnico para la fabricación de los productos que se comercializaran bajo la marca que distingue a la red, cuyo uso también se licencia. (En Ecuador: Caso GLK detallado más adelante)

Por otro lado, Marín Fuentes manifiesta que la franquicia industrial *“es aquella que hace referencia a las relaciones entre fabricantes y comporta que el franquiciador cede al franquiciado licencia para fabricar un producto basado en una patente de la que es titular el primero, facilitándole, además el “know-how” para dicha fabricación y la asistencia técnica necesaria, pero con ánimo de distribuir posteriormente el producto fabricado.”* (Marín Fuentes)

1.4.2. Franquicia de distribución

En este caso, la empresa franquiciadora, bien suministrando los productos que ella misma fábrica o cuya fabricación encarga a terceros, bien actuando a modo de oficina o central de compras, distingue los productos que se distribuyen en la red con la marca de franquicia, a la que además aporta un know-how comercial experimentado.

Marín Fuentes también define la franquicia de distribución como: *“..la concesión por el franquiciador al franquiciado de una exclusiva distribución de sus productos, en establecimientos equipados de forma uniforme y homogénea con los del franquiciador, junto con el derecho de usar la marca, denominación y rótulo común, facilitándole, además el know-how y asistencia comercial o técnica para llevar a cabo dicha distribución, debiendo seguir el franquiciado en todo momento las instrucciones del franquiciador en cuanto a la presentación, comercialización y venta de los productos adaptándose al patrón y estilo de éste último y sometándose de ese modo a sus directrices y controles.* (Marín Fuentes)

1.4.3. Franquicia de servicios:

A través de ella, el franquiciador concede al franquiciado la facultad de prestar a terceros los servicios propios de la franquicia bajo los distintivos de la red y las instrucciones del franquiciador, el cual ha de contar con un know-how perfectamente definido y continuamente renovado, dado su alto riesgo de imitación.

1.4.4. Franquicia principal o maestra:

En los contratos que tienen tal franquicia por objeto *“una empresa, el franquiciador otorga a la otra, en contraprestación de una compensación financiera directa o indirecta, el derecho de explotar una franquicia con la finalidad de concluir acuerdos de franquicia*

con terceros.” En este caso se crea una red en la cual se preste la asistencia comercial requerida. (Marín Fuentes)

Además de la clasificación citada anteriormente, Paredes y Veintimilla en su “Tesis previa al otorgamiento del título de Especialista en Propiedad Intelectual e Industrial: El contrato de Franquicias” nos indica las siguientes (Paredes Castillo & Veintimilla García, 2006):

1.5. FRANQUICIAS POR CUBRIMIENTO

1.5.1. Franquicia Corner:

Se desarrolla dentro de un establecimiento comercial, por departamentos dentro de cuyo espacio se comercializan los productos o prestan los servicios según las especificaciones indicadas por el franquiciante, todo con la finalidad de incrementar sus utilidades e ingresos. Como ejemplo podemos citar que dentro del Hypermarket de Mi Comisariato se implante la franquicia de Carls Jr.

1.5.2. Plurifranquicias:

Cuando el franquiciado gestiona diferentes franquicias siempre que no sean competitivas ni se relacionen dentro del mismo mercado. En nuestro país es muy frecuente que una persona natural o jurídica sea representante de varias franquicias extranjeras, dentro de lo cual podríamos apreciar este tipo de figura.

1.5.3. Multifranquicia:

El franquiciado tiene más de un establecimiento del mismo franquiciante, y le corresponde un área determinada en la que puede abrir el número de establecimientos que estime convenientes. Para claro entendimiento podríamos citar por ejemplo a las cadenas de cines las cuales pertenecen a un mismo grupo económico.

Sin embargo, en este caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado como ente regulador puede realizar cuantos controles y gestiones considere convenientes a fin de evitar un abuso de poder de mercado que atente contra la competencia y anule su participación dentro de un mercado.

1.5.4. Franquicia Regional e Internacional:

La franquicia regional es cuando el franquiciante concede los derechos y el modelo de negocio con la finalidad de que sea implementado en una región determinada.

La franquicia internacional por otro lado es la que conocemos comúnmente, cadenas internacionales ingresando dentro de un mercado, lo cual debe ser minuciosamente estudiado y analizado previo a establecer la franquicia ya que cada país actúa de manera diferente y tiene sus propias regulaciones y ordenamiento jurídico. A su vez, esta se puede clasificar como directa dentro de un país extranjero donde no intervienen terceros, establecimiento de una filial o subsidiaria y acuerdo de desarrollo donde un tercero se encarga del desarrollo de una franquicia en el país extranjero.

Como lo establece nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 6 de la Ley de Compañías, toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener un apoderado o representante, razón por la cual se excluye a la franquicia directa y filial, mencionándolas dentro del presente estudio únicamente con fines investigativos y de conocimiento.

1.6. POR GRADO DE INTEGRACIÓN

1.6.1. Franquicia Activa:

Aquella donde el franquiciante le exige al franquiciado que se encuentre gestionando directamente su establecimiento, de modo que se asegure la utilidad a percibir.

1.6.2. Franquicia financiera o de inversión:

En esta clase de franquicia, el franquiciante no le exige al franquiciado que se encuentre al frente de su establecimiento, sino que su gestión administrativa puede encontrarse a cargo de empleados contratados por él, quienes rendirán cuentas al franquiciado únicamente.

1.6.3. Franquicia Asociativa:

En esta no se crea una relación vertical sino horizontal si lo queremos graficar para mayor entendimiento, pues las partes intervinientes dentro de la franquicia actúan como asociados, el uno para mejor control y el otro para mantenerse siempre asesorado.

Adicionalmente, mencionan las franquicias integradas que consisten en integrar la totalidad del canal de distribución, donde el franquiciador es el fabricante y distribuidor en forma exclusiva y directa a través de una red de establecimientos franquiciados minoristas vende el producto u ofrece su servicio, cuya clasificación se prefiere no considerar ya que podría desviarnos de la franquicia propiamente dicha confundiéndola como un contrato de distribución o con los controvertidos modelos conocidos en Latinoamérica como “métodos PONZI” o piramidales que a decir verdad aún se encuentra en discusión si son un modelo de éxito o simplemente es una manera de engañar, cuya única utilidad obtenida es por parte de la cabeza de este negocio.

1.7. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Una vez descrita las diversas clasificaciones del contrato de franquicia, a continuación, se detallan las características del contrato de franquicia:

- **Bilateral:** Origina derechos y obligaciones recíprocas para las partes. El artículo 1455 del Código Civil define el contrato bilateral: “...cuando las partes se obligan recíprocamente”.
- **Consensual:** Se perfecciona con el solo consentimiento de las partes. (Artículo 1459 del Código Civil)
- **Principal:** Porque no requiere de otro acto jurídico para su conformación. El Artículo 1458 del Código Civil establece que el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (...).”
- **Atípico:** Este tipo de contrato se considera atípico porque no se encuentra regulado en nuestra legislación. Es reconocido por las partes contratantes quienes mediante cláusulas se obligan a cumplir con las prestaciones pactadas.
- **Oneroso:** Porque ambas partes pretender recibir una utilidad del contrato. El artículo 1456 del Código Civil nos indica: “(...) cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (...)”.

- Tracto sucesivo: Porque las obligaciones que nacen dentro del contrato, se van extinguiendo periódicamente. El franquiciado debe cancelar unas regalías según lo convenido y su cumplimiento se prolonga en el tiempo.
- Contrato de adhesión: Debido a que el franquiciante acepta los términos y condiciones que impone el franquiciador para incorporarse a la red, porque el objetivo es transmitir su experiencia.

1.8. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA

Una de las mayores inquietudes de los empresarios y lo que más importa, son las ventajas que presenta este modelo económico, que, si bien en nuestro país se encuentra implementándose y no se ha desarrollado como en otros países, por medio de la doctrina podemos observar ventajas en la franquicia tales como:

1.8.1. Ventajas del franquiciante:

1. Expansión ágil y con costos reducidos: Pues quien debe aportar con el capital inicial es el franquiciante, quien pondrá en marcha el negocio.
2. Fortalecimiento de la marca: Como consecuencia del punto anterior, lo cual Cáceres Barraza no concuerda ya que existen franquicias que no hay licencia de uso de marcas, más aun, la franquicia ab initio prueba que no se requiere el negocio exitoso y seguro.
3. Sinergia: El franquiciado busca obtener el mismo éxito que el franquiciante, por lo cual actuará con la misma motivación en el manejo de su negocio. (Cáceres Barraza, 1997)

1.8.2. Desventajas del franquiciante:

Lo que se detalla a continuación se puede determinar de hechos acontecidos o lo que se ha establecido en doctrina, por lo cual no quiere decir que los mismos deben necesariamente ocurrir.

A continuación, se mencionan algunas desventajas que podrían presentarse:

1. Pérdida del dominio en el manejo de los franquiciados: El franquiciado posee autonomía respecto al manejo de su negocio, por ello se recomienda elegir al franquiciado con mucho criterio, atendiendo a sus cualidades empresariales y económicas, también las personales y sobre todo las éticas. Como en toda

inversión, representa un riesgo en su implementación, para lo cual el franquiciante debe ser cauteloso al ofrecer su modelo de negocio.

2. La reducción de la independencia: El franquiciante compartirá sus conocimientos, el *know-how*, la imagen de su empresa, su marca y, en fin, el negocio en sí. De ahí que el franquiciante debe analizar el efecto de sus decisiones ya que de los resultados obtenidos por los franquiciados incrementa su éxito.
3. Rentabilidad unitaria más baja: Cáceres Barraza antes citado manifiesta en su estudio y cita a Kleidermacher indicando que el franquiciante sólo percibirá las regalías remesadas, con cuyo criterio no se concuerda ya que en las franquicias implementadas podemos darnos cuenta que se trata de una negociación ganar-ganar, cuyas regalías para el franquiciante pueden ser mayores a lo generado para el franquiciado quien verá su ganancia a lo largo del tiempo de implementación. (MarcadorDePosición1)

1.8.3. Ventajas del franquiciado

1. El éxito del negocio franquiciado: El empresario adquiere un negocio renombrado y posesionado en el mercado, lo cual constituye su mayor incentivo, pues quien tuvo el mérito de implementarlo en sus inicios y consolidarlo fue el franquiciante.
2. Conocimientos y asistencia técnica por parte del franquiciante: Pues al adquirir una franquicia, el franquiciado debe ocuparse de seguir a cabalidad los lineamientos establecidos en el contrato impuestos por el franquiciante.
3. Instalación del negocio: No requiere de estudios previos para intentar suerte al implementar su negocio, al adquirir uno ya establecido. Se puede visualizar una vez más la sinergia, pues todos tienen la motivación de ganar dentro de un emprendimiento.

1.8.4. Desventajas del franquiciado:

1.- Poca independencia en algunos casos: Se ha señalado autonomía dentro de la franquicia, pero existen casos en los cuales el franquiciante impone tantos controles que limita mucho al franquiciado. Por otro lado, el franquiciante en este caso, debe tener la visión como para permitir que el franquiciado implemente ciertos aspectos dentro del negocio en miras de la prosperidad del mismo.

2.- Riesgo del franquiciado: Cuando los resultados no son los esperados, se trata de una inversión como se indicó anteriormente, en la cual, si bien se adquiere un producto de renombre y consolidado, puede que no obtenga la ganancia esperada. Además, como indica Cáceres Barraza antes mencionado, muchas veces otra desventaja es resultado de la conducta del franquiciante, pues podrían “gato por liebre”. (MarcadorDePosición1)

Por esto, y algunas razones que en adelante indicaré, considero que debe regularse tal figura en nuestro país, ya que de esta manera podría dar resultados efectivos al implementar este modelo en nuestra economía, así, no se cometerían los mismos errores y desventajas cometidas en otras experiencias, instruyendo a los interesados y empresarios al positivo desenvolvimiento de las franquicias.

En la publicación realizada “El contrato de franquicia: aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador” (10), los autores nos indican que la independencia empresarial es un aspecto que beneficia tanto al franquiciador como al franquiciado ya que no tiene carácter asociativo ni societario entre las partes, cada uno trabaja de manera autónoma como se indicó en líneas anteriores. No obstante, el franquiciante se reserva el derecho de realizar control permanente del negocio con la finalidad de corroborar si se han cumplido las directrices establecidas, pues, está en juego no solo el negocio sino también la marca y el prestigio del producto o servicio.

Por otro lado, manifiestan que respecto al aspecto laboral entre franquiciador y franquiciado, no hay uniformidad en las opiniones doctrinales ni en las decisiones judiciales, por lo que se debería estudiar cada caso concretamente. El criterio por la doctrina citada anteriormente, es que al existir cierta clase de autonomía al tratarse de una relación contractual pura y simple, la relación laboral es únicamente entre el trabajador y franquiciado, sin embargo, existen jurisprudencia que establece que se condena al franquiciante de manera solidaria, únicamente cuando existe confusión de patrimonios entre franquiciador y franquiciado, como por ejemplo, existe vinculación accionaria o de administración. (Navas Herrera & Mosquera Moreno)

3.- Márgenes adicionales: Miravet en su libro “¿Por qué fracase con mi franquicia?” nos indica además que debemos considerar que ciertas clases de franquicia incurren en un costo extra innecesario para el emprendedor pues para obtener un margen

extra comercializan la materia prima, lo cual puede significar un aspecto en contra si no se cuenta con muchos recursos y considerando la inversión inicial. (Miravet, 2014)

1.9. DEFINICIONES BÁSICAS DENTRO DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA:

Para mejor entendimiento de la figura y previo a entrar al objeto de estudio, procederemos a definir cada uno de los conceptos dentro de dicha figura jurídica:

- Franquiciante (también llamado franquiciador): Es la persona natural o jurídica que concede por un valor monetario el derecho a usar su negocio a otra persona que se obliga a pagar el precio pactado e implementarlo bajo el esquema establecido por el franquiciante y en los términos y condiciones pactadas.
- Franquiciado (también llamado franquiciatario): Es la persona natural o jurídica que recibe el derecho a replicar el modelo de negocio establecido.
- Contrato de franquicia: Es el documento mediante el cual se concreta la relación contractual el cual contiene los derechos, obligaciones, términos y condiciones entre otras cláusulas pactadas para beneficio de ambas partes dentro de su ejecución.
- Tarifa de franquicia: Es el valor inicial pactado para el inicio de un negocio, por el uso del nombre, logotipo, sistema, know-how, marca, el cual contiene frecuentemente las capacitaciones iniciales, manuales y otras guías otorgadas por el franquiciante previo a la apertura del negocio. También denominado “franchise fee”.
- Regalía: Es el pago continuo que realiza el franquiciado al franquiciante durante el plazo establecido en el contrato. El pago es una compensación por el prestigio del negocio previamente establecido y el asesoramiento continuo al que se encuentra obligado el franquiciante.
- Fondo de propaganda: Pago continuo a favor del franquiciante, que puede ser un valor pactado dentro del contrato o un porcentaje establecido de la utilidad generada.

1.10. EL “KNOW-HOW”

Este concepto no fue considerado dentro de las definiciones básicas, debido a que considero pertinente definir, explicar en qué consiste el know-how y explicar por qué es una pieza fundamental dentro del contrato de franquicia ya que ha sido considerado como el “corazón” de la franquicia pues sin know-how no hay franquicia.

Cevallos Vásquez en su libro “Contratos Civiles y Mercantiles” destina todo un capítulo para desarrollar el tema del “know-how” indicando que éste “... *tiene por objeto los conocimientos técnicos en las áreas de comercio, merchandising, industria, de organización de empresas, en aspectos financieros, propaganda, etc.*” y que se encuentra constituido por nociones fórmulas, procedimientos, experiencias, envío de planos entre otras prestaciones. (Cevallos Vásquez, 2005)

El “know-how” tal como lo indica su traducción al idioma español, consiste en “saber hacer”, esto es, la transferencia al franquiciado de los conocimientos del negocio que le permitirán transmitirla filosofía corporativa de su empresa y alcanzar el éxito esperado. De aquí nos surge la inquietud: ¿Qué conocimientos se transfieren?: La doctrina sostiene que se tratan de conocimientos no patentables, pues los conocimientos patentables están ya protegidos por las normas de patentes e invenciones. (Gallo C., 2014)

Se considera que este punto requiere un análisis importante, ya que no solo abarca la administración y gestión del negocio, sino que es necesario analizar la operatividad en los diferentes campos, pues el éxito muchas veces puede radicar en cosas muy simples.

Tal es así que podemos citar como ejemplo, las franquicias alimenticias cuyo know-how no depende únicamente de su administración sino de los materiales que se utilizan para llevar a cabo el negocio, en este caso, los ingredientes que se utilizan en una receta.

En adelante mencionare los aspectos importantes que debe contener esta figura jurídica plasmada en el contrato, sin embargo, me adelanto a indicar que el franquiciante tiene la tarea de entregar el material al franquiciante que le permita conocer y entenderlo, tal es así que podrían existir varios manuales dentro de la implementación de una franquicia, tales como manuales administrativos, de gestión, técnicos, comerciales, de mercadeo, entre otros que servirán de orientación al empresario.

Sin embargo, éste no debe cerrarse a lo indicado por el franquiciante, pues el entorno sobre el cual opera el negocio, puede obligar al franquiciado a implementar ciertos cambios en beneficio de la franquicia, siempre que sea consensuado con el antes mencionado y siempre que no desnaturalice el modelo implementado.

Finalmente, se trata de una negociación “ganar-ganar” como indique anteriormente, donde ambas partes deben colaborar para alcanzar el objetivo planteado, el cual, por un lado, en el franquiciante es expandir su mercado e incrementar sus ganancias y por parte del franquiciado la implementación de un negocio que tenga éxito asegurado. Así, el franquiciante debe impartir capacitaciones e inducciones que le permitan al franquiciado aparte de conocer a profundidad, sentirse identificado con la franquicia; y, además brindar la asesoría continua durante la duración de la misma.

1.11. PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

Una vez establecidos los conceptos a tratar en el presente trabajo de investigación, las interrogantes que debemos responder son las siguientes:

- 1) ¿Se encuentra debidamente regulado el contrato de franquicia dentro de nuestro ordenamiento jurídico?
- 2) A falta de regulación, ¿Podría existir abuso entre las partes dentro de un contrato de franquicia?
- 3) ¿Se deben establecer parámetros dentro de los cuales se debe celebrar dicho contrato?
- 4) ¿Se deben iniciar acciones judiciales en caso de considerarse perjudicado en la ejecución del contrato?

1.12. FINES, UTILIDAD Y RELEVANCIA O APORTE DE LA INVESTIGACIÓN

¿Por qué el estudio de este tema de investigación es útil y cuál es su finalidad?

La finalidad de este estudio de investigación es la determinación de la falta de regulación jurídica del contrato de franquicia y la compilación de preceptos jurídicos aplicables dentro de este contrato, de modo que nos sirva como punto de partida para la elaboración de una norma jurídica que sirva como guía tanto a los emprendedores que deseen trabajar bajo este esquema y los profesionales que deseen asesorar a los mismos,

pues recordemos que no solo intervendrían abogados sino también otros profesionales como financieros, contadores, Ingenieros en Marketing, etc.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1.1. Antecedentes

La franquicia tiene su origen en la Edad Media, aunque con características rudimentarias. El origen de la palabra franquicia se deriva del término francés *franc*, que significa libre; en esa época la iglesia católica utilizaba la palabra *le franc* para indicar el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano concedía a alguno o algunos de sus súbditos, referidos a los derechos de mercado, para que, actuando en su nombre, recolectaran los impuestos que debían a ella. Estos señores tenían el derecho de retener parte de lo recaudado y entregaban el excedente a la Iglesia.

La palabra “*franchising*” proviene del verbo francés *francher*, que significa “conceder mediante carta de franquicia un privilegio o renunciar a una servidumbre”. Existían dos clases de *franchise*; el primero en los cuales los privilegios eran usados por los reyes y podían ser concedidos a los plebeyos, como para la pesca; y, el segundo en los cuales los privilegios se creaban especialmente para autorización a particulares para las ferias y mercados.

La franquicia comercial, en la era moderna tiene su origen en los Estados Unidos de América, aproximadamente en 1850; cuando la empresa Singer Sewing Machina Company, con sede en Stamford – Connecticut, decidió otorgar una serie de franquicias a comerciantes independientes para sus máquinas de coser. Posteriormente, en 1898, la empresa General Motors adoptó el “*franchising*” como estrategia para expandir su red de distribuidores. Casi finalizando el siglo XIX, en 1899, la empresa Coca Cola, empezó a otorgar franquicias para el embotellamiento de sus productos. (Gallo C., 2014)

Pero, en realidad, el gran despliegue de la franquicia empezó a principios del siglo XX, cuando los competidores de la General Motors comenzaron a otorgar franquicias alrededor de todo Estados Unidos, ampliando así su red de distribución.

Esto generó que este sistema se extendiera a empresas de supermercados como Piggly Wiggly, Hertz Rent-a-Car y empresas del sector food service – como A&W Root Beer -, entre otros. A partir de 1950 empieza el crecimiento de las franquicias con empresas como McDonald's y Kentucky Fried Chicken, por lo cual en la década de los sesenta y setenta del siglo pasado se produce un boom de las franquicias en los Estados Unidos de América, generando que diversos Estados Americanos procedan a su regulación legal.

El desarrollo de la franquicia se ve apoyada por tres factores importantes:

1. La participación del Gobierno Estadounidense por medio de la Small Business Administration, que capacitaba a los pequeños y medianos empresarios en los más importantes aspectos para el desarrollo de los negocios.
2. Beneficios fiscales para asegurar la promoción de los empresarios emprendedores.
3. La buena óptica de la comunidad financiera casi diríamos el buen olfato, para el otorgamiento de préstamos, con intereses blandos tanto para el franquiciante como para el franquiciado.

Como vemos, son los estadounidenses los considerados como los padres de las franquicias, sin embargo, por el exitoso modelo, muchos países optaron por adoptar la figura logrando resultados mejores de los esperados y comenzando las franquicias su internacionalización.

En los países de Latinoamérica, la presencia de franquicias es muy reciente, aproximadamente de treinta años, pues si bien es cierto que productos como Coca Cola se encuentran muchos años en el país, es Kentucky Fried Chicken (hoy denominado KFC) restaurante de pollos quien ingresa bajo el sistema de franquicias con formato de negocio que pisa suelo peruano a mediados de los años 80.

2.1.2. CASO COCA COLA

En el año 1899, es decir a finales del siglo XIX la empresa The Coca Cola Company suscribió el contrato en el cual otorga derechos a ciertos distribuidores regionales para comercializar su producto siempre que se cumplieran con los términos y condiciones impuesto, entre los cuales se encontraba por ejemplo vender la totalidad de

la demanda, entre otros lo cual revoluciono el negocio de esta empresa, originando este innovador sistema.

2.1.3. EL BABY BOOM DE LA FRANQUICIA

Para el estudio de este modelo de negocio innovador, podemos observar los casos ocurridos en la historia, tales como Mc Donalds que dio paso a la franquicia moderna, la cual comienza en 1955 en el cual Ray Kroc adquiere un pequeño restaurante que los hermanos Mc Donald habían aperturado en una ciudad de California. Luego de decidirse ubicar el negocio en Chicago, se inicia un crecimiento vertiginoso al implementar el negocio como franquicia para su expansión y crecimiento.

Con este modelo, otras cadenas se animaron en incursionar en el formato de negocios, entre las que podemos mencionar a Kentucky Fred Chicken, Burguer King, Wendys, iniciando en Estados Unidos y consecuentemente su expansión a nivel internacional. Tanto así que para los años 60 y 70, las cadenas de fast food y servicios miraron de manera atractiva la posibilidad de expandirse primero en su país y Canadá, pasando por demás continentes hasta finalmente entrar en Latinoamérica.

2.2. EL PROBLEMA

2.2.1. INEXISTENCIA DE PRECEPTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA:

Es preciso reconocer que la regulación al contrato de franquicia debe ser profunda y pormenorizada, tomando en consideración el derecho comparado, lo que permite visualizar en la experiencia internacional las bondades, virtudes y dificultades en el desarrollo del proceso de ejecución contractual, para lo cual se debe proveer toda la asistencia del derecho positivo para que no sea su falta la que genere conflictos, tropiezos y pérdidas en la actividad empresarial.

La incorporación de normas sustantivas para la regulación del contrato de franquicia debe estar acompañado por un cuerpo reglamentario donde no solo se abarcan las relaciones precontractuales de las partes, sino que dilucide y “operativice” de forma completa el cumplimiento del objeto contractual. La actividad legislativa debe realizar su

esfuerzo en definir la actividad comercial del franquiciante y declarar la solemnidad que debe revestir a este tipo de contratos.

El derecho positivo que se expida para este tipo de contratos debe garantizar al franquiciado el acceso a la información necesaria acerca de la franquicia, datos del franquiciador, del sector productivo al que pertenece, del negocio objeto de la franquicia, de su estructura y extensión, de tal manera que quien vaya a recibir el *know-how* o el paquete empresarial pueda decidirlo libremente y con conocimiento pleno de causa.

A pesar de los esfuerzos realizados por las personas que elaboraron dicho proyecto de código de comercio, mencionado en el capítulo anterior, existen disposiciones que por la naturaleza del contrato podrían encontrarse más explícitas para entendimiento general de quienes deseen implementar dicha figura, aspectos que a continuación me permito indicar:

1. Inscripción de los contratos de franquicia y control de los mismos.
2. Delimitación clara de las causales de terminación: Pues al no encontrarse expresamente establecidas lleva a las partes a pactar cuantas causales de terminación crean convenientes, pudiendo perjudicar a una de ellas.
3. La indicación expresa que dentro del contrato de franquicia contenga la obligación de guardar sigilo respecto del know-how dentro de una de las cláusulas del contrato, pues al tratarlo por separado conllevaría a la necesidad de celebrar un contrato accesorio para pactar su confidencialidad.
4. Uno de los aspectos más importantes que se considera debe contener dicha normativa es el procedimiento para implementar una franquicia, ya que si bien es cierto se trata del contrato de franquicia, este se refiere al documento que plasma la obligación, mas no a la figura jurídica, pues la misma no solo contiene preceptos que deben pactarse sino también podrían contener aspectos técnicos, financieros y demás que se consideran de gran importancia.
5. Las responsabilidades civiles por la falta de observancia y sumisión al secreto empresarial que es transmitido en virtud de la suscripción del contrato de franquicia. Arosemena en su publicación “La importancia de proteger los secretos empresariales” manifiesta que “... *en el Ecuador existe responsabilidad penal con sanción de hasta tres años de prisión para quienes sin la autorización respectiva divulguen, adquieran o utilicen secretos comerciales, secretos industriales o*

información confidencial” La obligatoriedad de brindar capacitación y entrenamiento permanente, los cuales deben estar acordes con las necesidades del mercado y los estándares de calidad y servicio que opera la marca. (Arosemena Burbano, La Importancia de Proteger los Secretos Empresariales.)

6. Las consecuencias que conlleva la mala administración o gestión de este contrato.
7. Prohibiciones para las partes intervinientes dentro del contrato de franquicia.
8. Demás aspectos importantes tales como: La regulación de regalías, la determinación de jurisdicción competente para conocer las controversias y la posibilidad de resolver mediante métodos alternativos de solución de conflictos.

2.2.2. CONTENIDO BÁSICO DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA Y SU IMPLEMENTACIÓN

Una vez que hemos explicado el problema dentro de la presente investigación, esto es, la falta de regulación y a pesar de contar con un proyecto de ley pendiente de aprobación, se ha indicado que dicha legislación no es específica en ciertos aspectos importantes dentro del contrato, nos permitimos determinar en base a experiencias relacionadas y a aporte bibliográfico, cuál sería el contenido básico de dicho instrumento, el que como sabemos debemos tener la debida diligencia al momento de instrumentarlo:

1. La denominación expresa de que se trata de un contrato de franquicia: De esta manera evitamos las confusiones respecto a la naturaleza del contrato y con las disposiciones de otros tipos de contratación tales como contrato de distribución, mandato, entre otros.
2. Glosario de términos: Pues muchas veces no nos encontramos frente a estudiosos de la materia, sino que en su mayoría se tratan de empresarios o emprendedores que empíricamente intentan hacer negocios con la finalidad de incrementar su patrimonio, por esto, definir los términos delimitara el terreno sobre el cual nos encontramos contratando.
3. Objeto del contrato. - Pues todo contrato como sabemos y como lo prescribe el Código Civil, debe tener un objeto lícito y una causa lícita.
4. Concesión de licencias: Este aspecto es de primordial importancia, pues sin éste prácticamente no existe el contrato de franquicia.

5. Determinación del know-how: Concepto ya definido dentro de este estudio mediante el cual el franquiciante obtiene el método de cómo realizar el negocio bajo el mismo esquema.
6. Precio del contrato: Mediante el cual debe realizarse la explicación que se trata de dos rubros, el primero que consiste en cancelar la cuota de entrada por incluirse en la red, y el segundo consistente en el canon periódico por utilización de la franquicia.
7. Obligaciones de las partes: Como en todo contrato, debe delimitarse el alcance y el campo de acción de cada parte para el correcto funcionamiento de esta figura.
8. Lugar donde se realizará la franquicia: El franquiciante puede delimitar el territorio donde puede actuar el franquiciado, a efectos de no perjudicar la competencia.
9. Cláusula de exclusividad: Si bien no existe ninguna norma jurídica nacional ni comunitaria que defina la exclusividad como un elemento esencial y vinculante del contrato de franquicia, García en su publicación *“¿Es la exclusividad territorial un elemento esencial del contrato?”* manifiesta que: *“No obstante, la Normativa Comunitaria sí evidencia la importancia de delimitar una zona de exclusividad en el contrato a favor de ambas partes: Supone la garantía que tiene el franquiciado de poder distribuir sólo él los productos o servicios en dicha zona y a su vez, la garantía del franquiciador de que el franquiciado se compromete a respetar su zona de exclusividad y por tanto, a no vender fuera de su área”*. (García, ¿Es la exclusividad territorial un elemento esencial del contrato?)
10. Cláusula de confidencialidad: Se podría decir que este es uno de los aspectos que más se debe cuidar, y por lo tanto nos llevaría a pensar que el franquiciante debería escoger bien a quien le concederá su modelo de negocio.
11. Seguimiento y control: Mediante el cual se establece la posibilidad de realizar la fiscalización periódica a fin de determinar si se están cumpliendo las cláusulas planteadas dentro del contrato.
12. Entrega de suministros y documentación correspondiente.
13. Causales de terminación.
14. Póliza de seguro: ¿Ambas partes se encuentran obligadas a contratar seguro dentro de su negocio, es más, quien no contrata un seguro hoy en día ante cada eventualidad? Pues se considera necesario este aspecto ya que ninguna parte saldrá afectada ante un imprevisto.

15. Procedimiento para la liquidación del contrato.
16. Cláusula Penal y sanciones.
17. Solución de controversias: En cuya clausula se recomienda acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos por medio de los cuales se ahorra tiempo y recursos económicos.

Lo antes expuesto, aunque brevemente nos deja con conocimientos básicos sobre lo cual se debe pactar y prestar especial atención. Respecto al procedimiento y ejecución, a pesar de que el contrato de franquicia no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico y por ende es de carácter atípico, Posso Zumárraga en su publicación “Las franquicias” establece el siguiente procedimiento legal en base a la experiencia y a la costumbre:

“Una vez con la decisión en mente o en la mano, el franquiciador le pedirá una serie de requisitos que empiezan con LA PROMESA DE COMPRA por escrito, por lo general el franquiciador le pedirá un depósito de aproximadamente el 20% o del 30% del valor total para comenzar a entregarle la información. El saldo, se paga previo a un acuerdo.

Con esta promesa, se inicia la negociación del contrato. En el Ecuador no existen leyes específicas, para las franquicias, son regidas por las leyes generales de la contratación privada, o aplicando la de otros países, más bien existe la habilidad de los abogados para que el contrato, al final, beneficie a las dos partes.

La minuta de constitución de la empresa tiene que ser firmada por el interesado o, sus socios si es que los tuviera y su abogado. En seguida, tiene que presentarla a la Notaría para que sea elevada a escritura pública y posteriormente inscrita en el Registro Mercantil. Hecho esto, puede iniciar sus trámites en el SRI.

Si constituye su empresa de servicios, como persona jurídica, tiene que tributar tanto el Impuesto a la Renta (IR) cuanto el Impuesto al Valor Agregado (IVA), En el caso de ser persona natural, puede acogerse al Régimen Impositivo Simplificado, siempre que sus ingresos no superen los US\$ 60.000 al año.

Finalmente, todas las empresas franquiciadoras tienen que tramitar el Permiso Municipal de Funcionamiento, y usted y sus empleados afiliarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.” (Posso Zumárraga, 2009)

Sin embargo, y a pesar de ser de gran ayuda en la práctica la orientación citada anteriormente, existen aspectos relevantes que no han sido considerados ni detallados tales como el due dilligence previo, la solicitud de intangibles, la verificación de la situación jurídica y financiera de las partes, razón por la cual podemos dividir el contrato en tres etapas, en base a la experiencia y a las experiencias que podemos visualizar:

1. **Etapa precontractual:** En esta etapa, las partes realizan un acercamiento, se comunican la voluntad de trabajar en conjunto con la finalidad de “ganar-ganar”, para lo cual se considera necesario lo siguiente:
 - Para el franquiciante: Realizar el proceso de due dilligence mediante el cual conozca al franquiciado, verificar su situación legal y financiera de modo que se pueda asegurar que cumplirá con las exigencias para que la marca mantenga el prestigio y se recomienda elaborar una promesa de venta de franquicia en el caso que se desee entregar información, mediante lo cual se mitiga el riesgo que la información entregada previamente sea utilizada incorrectamente o divulgada.
 - Para el franquiciado: Solicitar los certificados de registro de intangibles tales como: marcas, licencias de uso, patentes, lemas comerciales, etc.
 - En caso de solicitar una promesa de venta de franquicia, debe solicitar para mayor seguridad todos los documentos tales como: Manuales operativos, estudio de mercado, manuales de ética, bases de datos de clientes, listado de proveedores, y cualquier otra información que conlleve a la correcta gestión en el futuro.

2. **Etapa contractual:** En la cual se consolida la relación comercial entre las dos partes, cuyas clausulas deben ser correctamente pactadas dentro del instrumento correspondiente. En esta etapa se da el control y seguimiento por parte del franquiciante y prestará la asesoría continua para correcta administración del negocio.

Es importante que ambas partes mantengan la correcta comunicación para evitar inconvenientes y desacuerdos, ya que recordemos que no solo se benefician las partes sino los clientes que reciben tal producto o servicio que antes no tenían la posibilidad de acceder. Además, muchas veces el franquiciado por la realidad del mercado donde se desarrolla la franquicia, deberá realizar modificaciones las cuales deberán ser consensuadas con el franquiciante y dueño de la marca.

3. **Etapa postcontractual:** Mediante la cual se realiza la liquidación del contrato, por ende, culminan las licencias de uso de marca y demás intangibles. En todas estas etapas se aconseja solicitar el asesoramiento en expertos de la materia tales como Ingenieros en Marketing, Especialistas Financieros, Abogados estudiosos en la materia, entre otros.

2.3. LA RELACIÓN ENTRE LA FRANQUICIA Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

No se requiere un estudio profundo para tener una idea básica de como iniciar un negocio, pues bien, la franquicia precisamente se origina así, como un emprendimiento que al inicio no precisamente tiene el éxito que con el tiempo adquiere, y con su puesta en marcha también van surgiendo aspectos tales como la marca, el personal a laborar, el lema comercial, sus inversiones y demás aspectos.

A medida que el negocio se da a conocer dentro de una población o un mercado determinado, dependiendo de su servicio o calidad, su reconocimiento puede dispararse siendo necesario ampliar su red e implementar el sistema de franquicia pudiendo así llegar lejos. Para implementar una franquicia, como podemos ver en la página web citada de Asociación de Franquiciadores del Ecuador, no se requiere de gran capital dependiendo de que franquicia desee desarrollarse, existen de diferentes valores y precios dependiendo de los elementos que contienen, permitiendo llegar al franquiciante a un mercado que no conoce sin necesidad de realizar estudios de mercado.

Sin embargo y es necesario enfatizar cuantas veces sea necesario que se considera que la Propiedad Intelectual se encuentra estrechamente relacionada y ligada con el contrato de franquicia dentro de los cuales se encuentran inmersos conceptos como:

Derechos de autor: Mediante el cual se otorga el título del creador de una obra, servicio o producto a quien se registre como tal y excluye a los demás de realizar su uso a menos que se haya concedido el respectivo permiso, con lo cual se cede el derecho patrimonial mas no el moral.

Marcas: El artículo 359 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación define a las marcas como: *“Se entenderá por marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean susceptibles de representación gráfica.”*

Apariencias distintivas: Definida en el artículo 426 de la misma norma legal como: *“Todo conjunto de colores, formas, presentaciones, estructuras y diseños característicos y particulares de un establecimiento de comercio o de un producto en el mercado, siempre que sean aptos para distinguirlo en la presentación de servicios o venta de productos.”*

Nombres comerciales: Se trata de cualquier signo que sea apto para identificar a una persona o establecimiento mercantil en el ejercicio de su actividad económica y distinguirla de las demás que desarrollan actividades idénticas o similares.

2.3.1. CASO HIPOTÉTICO PEPITA PIGUAVE Y LALALAND RESTAURANT

A continuación, me permito indicar un ejemplo respecto a los conceptos citados para mejor entendimiento:

Pipita Piguave es una joven guayaquileña, emprendedora, quien ha iniciado su negocio inaugurando su restaurant pues su pasión es la cocina. Con el tiempo y por la reputación bien labrada que realizo Pepita en su restaurant debido a los deliciosos que eran sus platos, tuvo la brillante idea de ampliar su negocio, estudio algunas posibilidades e incluso consulto a algunas instituciones financieras para solicitar un préstamo e implementar dos restaurants más ubicados en otros sectores de Guayaquil, sin embargo, era muy costoso.

Un día, Pepita se encontró con un amigo comentándole que deseaba expandir su negocio, pero no contaba con el capital suficiente, pero que su restaurant se llenaba

constantemente y que muchos clientes le pidieron aperturar otro local. Su amigo, abogado con experiencia en derecho mercantil y propiedad intelectual, le comento que existen los contratos de franquicia, los cuales consisten en entregar un modelo de negocio a cambio de una cuota de entrada y regalías constantes, para lo cual no debía invertir recursos.

Le indico además la importancia de mantener su propiedad intelectual protegida (marcas, nombres comerciales, etc.), a fin de evitar que sea copiada indebidamente por terceros y le asesoro de las diferentes modalidades, entre estas le indico:

Nombre Comercial:

Pepita ha utilizado el nombre de su establecimiento “LALALAND RESTAURANT” por ocho años ininterrumpidamente por lo cual había ganado el derecho a su uso exclusivo, pues en los nombres comerciales su propiedad se adquiere por el uso, y no por el registro. Sin embargo, le recomendó registrar el nombre comercial, ya que confiere la presunción de propiedad a favor de ella como titular, por lo cual inicio dicho trámite.

2.3.2. Apariencias Distintivas:

Pepita al implementar la franquicia, se preocupó de llevar una misma imagen en todos los locales pues cada uno era distinto y no había como diferenciarlos a no ser por el rotulo. Estableció combinaciones especiales de colores y diseños únicos y propios del local, cambio la fachada, el piso, el tumbado, el menú, el uniforme de los empleados, que permita al público identificar fácilmente su restaurant. Las apariencias distintivas se protegen igual que los nombres comerciales (también pueden registrarse). En este caso, una vez adoptada, Pepita debía esperar seis meses para considerarse como titular de esos derechos, y mantener evidencia de aquello, al igual que el nombre comercial pensó en registrarla.

2.3.3. Las Marcas:

Existen marcas para servicios y para productos. Las marcas hay que registrarlas de acuerdo a una clasificación internacional de Niza que se encuentra en vigencia actualmente, la cual consta de 45 categorías.

Pepita Piguave luego de conocer esta clasificación optó por registrar LALALAND RESTAURANT (y su logo) de la siguiente manera:

- Marca de Servicios en la Clase 43 (servicio de restauración – alimentación),
- Marca de Servicios en la Clase 35 (gestión de negocios comerciales)

Además, recordó que vende un plato muy conocido (quizás el más solicitado y al que se debe su fama) al que le había dado el nombre de "LA VIEJA CONFIABLE", el cual consideró registrarlo en la Clase 29 (pescado) que por tener distinción se inició su proceso de registro.

2.3.4. La Información No Divulgada

Pepita fue asesorada respecto a cómo proteger sus secretos comerciales e industriales, ya que el implementar la franquicia significaba que tenía que entregar información confidencial a sus franquiciados. Se estableció entonces la política general que toda persona interviniente dentro del sistema de franquicia, debía suscribir un convenio de confidencialidad, cuya violación tendría las sanciones correspondientes sin perjuicio de las acciones legales que estas acarrearán, por lo cual no debían divulgar las recetas, la base de clientes y proveedores, la información financiera, los manuales, procesos, y cualquier otro documento que se crea importante.

Una vez claros los conceptos y como intervienen dentro del contrato, podemos concluir que tanto los nombres comerciales, apariencias distintivas y marcas son registrados en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI y sus disposiciones se encuentran contenidas en el “reciente” Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación que deroga a la Ley de Propiedad Intelectual. El proceso consiste básicamente en realizar una búsqueda fonética como fase previa, luego presentar la solicitud e iniciar el trámite dentro del cual se publica el signo en la Gaceta de Propiedad Intelectual a fin de que terceros puedan ejercer su derecho de oposición, luego de lo cual, de no existir, el IEPI procede con la aprobación de solicitud y concesión de registro correspondiente.

En esta parte hemos visto la franquicia desde el punto de vista del franquiciante y en el punto de vista del franquiciado podemos decir que se debe tener la debida diligencia para solicitar licencia para uso de marca, patente, software y no divulgar los secretos

comerciales ya que esto podría incurrir en una causal de divulgación. Por eso se recomienda acudir a la asesoría legal especializada, así se previenen controversias futuras.

Recordemos que un negocio se encuentre en una etapa de reconocimiento público no significa que sea franquiciable, y en el caso concreto, debemos previamente realizar el estudio si estamos dispuestos a expandir el mismo y posteriormente realizar los registros correspondientes. Recordemos que el registro de los intangibles si se encuentra regulado por la normativa legal vigente, como por ejemplo la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones que nos indica que marcas pueden ser registradas y cuales no; y, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación- Ingenios.

2.4. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Como cualquier acto jurídico y en especial cualquier contrato de naturaleza mercantil, así como tiene su nacimiento y desarrollo, ésta figura jurídica también tiene su terminación lo cual se estudiará en el presente capítulo, analizando cada caso, así como determinando sus particularidades y consecuencias para mejor entendimiento. En lo que respecta “terminación de contrato” tiene gran importancia la voluntad de las partes, pues son estos quienes deciden hasta cuando celebrar dicho acto jurídico, pero existen situaciones las cuales nos obligarán a darlo por concluido, las cuales me permito indicar a continuación:

2.4.1. Cumplimiento del plazo establecido dentro del contrato:

El contrato de franquicia finalizará por el plazo establecido por las partes dentro del contrato, pudiendo éstas pactar que se proceda con su renovación automática para lo cual no será necesaria la firma de un nuevo instrumento jurídico, prorrogándose el cumplimiento de las obligaciones de manera indefinida, esto sería, hasta que una de las partes decida darlo por terminado. Por esta razón, una de las recomendaciones realizadas a las partes contratantes, es que se tengan claros los términos a negociar, realizando una expresa distinción entre prórroga y renovación, pues para ésta última si debe celebrarse un nuevo instrumento jurídico.

El plazo fijado además puede ser expreso o tácito, siendo el tácito el indispensable para cumplirla. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Una vez cumplido el plazo previsto para la terminación del contrato de franquicia, sus derechos y obligaciones se extinguen, luego de lo cual el franquiciado no podrá seguir realizando el mismo negocio bajo la misma denominación, con los mismos signos distintivos ni continuar usando el mismo know-how del negocio. Cáceres Barraza en su libro “El contrato de franquicia” nos manifiesta que “...en los contratos de franquicia es difícil que las partes pacten la vigencia del contrato en función a fines preestablecidos, puesto que las partes no tienen programado el éxito que el negocio obtendrá.” (Cáceres Barraza, 1997)

Una vez finalizado el plazo y terminada la relación contractual, el franquiciado deberá realizar la respectiva liquidación económica del negocio y el franquiciante deberá buscar un nuevo franquiciado, pudiendo él mismo continuar con el negocio mientras se encuentra en la selección, debiendo ambos ser precavidos con la terminación del contrato y las consecuencias que éste conlleva.

2.4.2. Por incumplimiento

En caso de incumplimiento de una de las partes dentro del contrato, dará lugar a que la otra parte dé por terminado el contrato sin perjuicio de la indemnización de perjuicios a la que podría recurrir en el caso que así lo amerite, con lo cual podemos ver reflejado que “el contrato es ley para las partes”. Lázaro Sánchez en su publicación “El contrato de franquicia (aspectos básicos) establece que: “*El incumplimiento esencial y grave de las obligaciones asumidas por cualquiera de las partes justifica, para la contraria, la resolución del contrato que, no obstante, deberá ser notificada a la que lo incumplió, sin necesidad en este caso de observar un plazo de preaviso.*” (Lázaro Sánchez, 2000)

Para la determinación de incumplimiento de obligaciones de las partes debemos ver en conjunto la composición de hechos dentro del contrato, de los cuales se desprende algunos incumplimientos por cada una, entre los cuales podemos mencionar los siguientes:

2.4.3. Incumplimiento del franquiciado:

- Que la actividad de la franquicia no se realice dentro del tiempo fijado dentro del contrato.

- Que el franquiciado interrumpa la actividad sin causa justificada.
- Que explote indebidamente la imagen del negocio, perjudicando a la franquicia y por lo tanto al franquiciante.
- Que no pague las regalías estipuladas.
- Que se niegue a rendir cuentas o cometa irregularidades dentro de la administración de la franquicia.
- Que no permita al franquiciante ejercer su actividad de control.
- Que ceda sus derechos a un tercero.
- Que incumpla cualquiera de las otras obligaciones esenciales del contrato.

2.4.4. Incumplimiento del franquiciante:

- Que no suministre las mercaderías o insumos, de así haberlo pactado.
- No proporcionar asesoramiento técnico al que se encuentra obligado durante el plazo establecido dentro del contrato.
- Que realice un excesivo control, de modo que el franquiciado se sienta asfixiado. En este caso, se debe realizar un estudio minucioso del caso ya que es derecho del franquiciante realizar esta labor, sin embargo, la solicitud de información de manera reiterada podría causar un hostigamiento.
- Que incumpla cualquiera de las otras obligaciones esenciales del contrato.

Estas son algunas de las situaciones que se pueden considerar incumplimiento del contrato, no siendo taxativas, pues podrían suscitarse otras más dependiendo el tipo de franquicia y la situación en la cual se desarrolle, pues recordemos que ésta figura a pesar de los beneficios que podría representar, no significa que asegure el éxito esperado al franquiciado ni el incremento obligado en las utilidades que reciba el franquiciante. Recordemos además que este contrato se encuentra estrechamente ligado a la Propiedad Intelectual, lo cual su inobservancia podría acarrear también en una causal de incumplimiento y por ende la rescisión del contrato.

2.4.5. MUERTE O INCAPACIDAD DE LAS PARTES:

El contrato de franquicia por su naturaleza es *intuitu personae*, esto es, “en atención a la persona” de acuerdo a su significado en idioma español, es decir, son contratos que sólo pueden ser ejecutados por las personas que lo celebraron, de aquí la

teoría que no pueden cederse a terceros o acarrearía un incumplimiento. Pero en este caso, no nos desviaremos del tema, pues explicaremos cómo se configura esta causal de terminación. (Arosemena Burbano, Apuntes de la Clase de Derecho Mercantil impartida , 2016)

En este caso, si el franquiciado es una persona natural, a su muerte o sobreviniente incapacidad, se dará por terminado el contrato de manera automática no pudiendo los familiares o sus herederos continuar con el negocio, pues recordemos que la muerte de una persona, representa la apertura de un proceso sucesorio, luego de lo cual se podrá proceder con la liquidación del negocio. De considerarlo, el franquiciante tiene la alternativa de nombrar un subfranquiciado con la finalidad de no disminuir sus ingresos.

En el caso de muerte o incapacidad del franquiciante, López Guzmán nos indica que “...*los descendientes del franquiciante se pueden hacer cargo del negocio siempre que tengan la experiencia en el manejo y administración, así como, tengan la misma visión para mantener la posición de la marca dentro del mercado.*” (López Guzmán, 2005)

Además, se considera que debe encontrarse involucrado dentro del negocio, así como tener conocimiento del giro del negocio.

2.4.6. POR DECISIÓN DE UNA DE LAS PARTES

Esto es nada menos que la terminación anticipada del contrato, sin sujetarnos al plazo o condición, debiendo notificar con un tiempo suficiente para que la otra parte pueda realizar la correcta liquidación del contrato de manera que se concluya con los negocios pendientes, *sin la obligación de resarcir los daños y perjuicios causados*. (El énfasis es de la suscrita). Generalmente se da por incumplimiento de las obligaciones pactadas dentro del contrato, pues recordemos que el contrato o convención es el acto jurídico por medio del cual una persona se obliga a dar, hacer o no hacer algo.

2.4.7. POR QUIEBRA DEL FRANQUICIANTE

Es menester dentro del presente estudio, pensar en todas las situaciones que podrían darse dentro del contrato, entre las cuales podría ocurrir la quiebra de la franquicia, pues si bien es cierto que nadie inicia un emprendimiento pensando que estaría

destinado al fracaso, existen factores como negligencia en el manejo del negocio y factores exógenos tales como el mercado en el cual se desarrolla, la situación económica del lugar donde se encuentra establecido, la inflación que conlleva a un resultado no esperado, mucho más en nuestro país donde la economía ha sufrido una recesión.

En este caso, es necesario recordar que es la Junta de Acreedores dentro del Juicio de Quiebra quien puede deliberar que pasará con la compañía declarada en quiebra, por ende, el destino de la franquicia implementada, así como la revisión de los efectos jurídicos que esta causal de terminación ocasione al franquiciante.

2.4.8. EXTINCIÓN DEL OBJETO INTANGIBLE (PROPIEDAD INTELECTUAL)

Puede haber extinción del objeto (intangibles): A pesar de que la doctrina no lo realiza un análisis del caso, el Doctor Flavio Arosemena en su cátedra de “Contratación Mercantil II” en la Maestría de Derecho Empresarial menciona además como causal de terminación del contrato de franquicia, la extinción del objeto intangible, pues recordemos que la marca o el nombre comercial por ejemplo, desaparecen por perder apariencia distintiva, y estos no son los únicos casos, pues también se puede suscitar la Nulidad de Registro de Marca, Nombre Comercial o Lema Comercial (Relativa – Absoluta), en cuyo estudio no vamos a profundizar debido a que requiere un estudio más detallado desde el ámbito de la Propiedad Intelectual.

2.4.9. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Si nos preguntan ¿Qué pasa si se termina el contrato de franquicia?, se podría contestar por deducción que debemos dejar de utilizar los intangibles concedidos, sin embargo, la terminación de este acto jurídico va más allá, con consecuencias que en un inicio no imaginamos y que a continuación mencionamos, pudiendo suscitarse muchos más dependiendo el tipo de negocio y los hechos que acompañan a dicha terminación de contrato.

Entre los efectos que debemos tomar en consideración es la no-competencia que consiste en no interferir ni afectar al franquiciante, así como debemos pensar que pasará con los bienes adquiridos para la consecución del negocio implementado, tales como los stocks, la clientela, la compensación de valores o indemnización según el caso, así como

los pasivos que deja la franquicia. Por lo tanto, se sugiere plasmar dentro del contrato los efectos postcontractuales, ya que si bien es cierto no contratamos pensando desde un inicio que el contrato se dará por terminado, sino que debe preverse toda situación que podría ocurrir.

A continuación, me permito absolver algunas interrogantes que podrían surgir:

- Los stocks: Por lo general y para no perjudicar, el franquiciante da un tiempo prudencial al franquiciado para que agote el stock del negocio. En ciertos casos se suele pactar que el franquiciante recobre las mercaderías o productos objeto de franquicia.
- La propiedad de la clientela: Tema controvertido pues existen corrientes que indican que la clientela pertenece al franquiciado quien se ha preocupado por atraerla a su negocio, sin embargo, hay quienes creen que la clientela pertenece al dueño de la franquicia, pues el consumidor se inclina al prestigio de la marca.
- Clausulas penales: En el caso de terminación unilateral, ésta cláusula será la clave para mitigar la pérdida que podría sufrir la parte más afectada por ésta terminación, sin perjuicio de la indemnización en caso de que pudiera reclamarse.

2.5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Como toda relación contractual, y en general toda relación entre seres humanos, no nos encontramos alejados de las diferencias que podrían surgir lo cual deriva en controversias tanto a nivel nacional como internacional. En este capítulo nos detendremos a analizar qué pasaría si se lleva a cabo este suceso pues recordemos como hemos dicho en líneas anteriores, que este contrato es atípico y no se encuentra regulado bajo ninguna ley, razón por la cual se estudiarán las siguientes alternativas:

1. La negociación o acuerdo entre las partes: Mediante el cual cada uno trate de persuadir a la otra parte que su pretensión es la correcta y la más favorable para ambas partes. Aunque existen tendencias que creen que este método lo que hace es enfrentar a las dos partes, se considera que es efectivo ya que se ahorra el tiempo y los recursos económicos que se podrían generar dentro del proceso judicial y las partes podrían beneficiarse en su posición ya que la idea sería “ganar-ganar”.

2. El arbitraje y la mediación: Métodos reconocidos en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 190 primer inciso: *“Artículo 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”*

Ambas figuras a pesar de encontrarse contenidas en la misma ley, tienen sus diferencias por lo cual me permito detallar brevemente en qué consiste cada una:

Arbitraje: La ley de Arbitraje y Mediación establece que *“El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”* (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

La misma ley, nos indica las formalidades bajo las cuales debe celebrarse un convenio arbitral siendo éstas, la constancia por escrito y si no es así, que exista un documento donde se exprese de común acuerdo someterse a este procedimiento, y éste documento forme parte del contrato principal.

Monroy Cabra define a este método alternativo de solución de conflictos como *“un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), los cuales derivan sus poderes de acuerdo a las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función”* (Monroy Cabra, 2002)

Mediación: La mediación se encuentra contenida en la misma Ley de Arbitraje y Mediación vigente, cuya definición es la siguiente: *“La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”* (Villacís Parada, 2014)

El proceso judicial: Al no contar con legislación correspondiente, como varias veces hemos indicado en el presente documento, tampoco tenemos claro ante qué juez

podría ventilarse las controversias surgidas dentro de este contrato, las cuales no son ajenas pudiendo ocurrir cualquier desacuerdo, incumplimiento o descontento dentro de su ejecución.

Nuestro anterior Código de Procedimiento Civil en su artículo 3 nos indicaba que “La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional”, cuyo texto una vez revisado el reciente Código Orgánico General de Procesos expedido en el año 2015, cuya vigencia inicio el año 2016 nos lleva a pensar que las controversias originadas dentro del contrato de franquicia se ventilarían ante la justicia ordinaria, pues su artículo 289 nos indica lo siguiente: *“Art. 289.- Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.”*

Este aspecto ha sido mencionado netamente para estudio y conocimiento, pues la finalidad de esta investigación es compilar preceptos que sirvan de guía dentro de la negociación y por ende se reduzcan las controversias que podrían suscitarse, aunque por naturaleza no se puedan erradicar.

2.6. METODOLOGÍA

2.6.1. Modalidad de la investigación

La modalidad en la cual se va a basar el presente trabajo de investigación será mixta; se hará uso de la modalidad cualitativa puesto a que involucra el análisis de textos y documentos, además se aplicará la categoría interactiva por cuanto se realizará y posteriormente se analizarán las opiniones de profesionales en derecho jurídico y estudiosos en la materia, por otro lado, se aplicará la modalidad cuantitativa basándose en el diseño de encuestas referente al tema de investigación.

2.6.2. Población y Muestra

En la siguiente tabla se muestra las unidades de observación, la población y muestra, para este tipo de investigación jurídica:

Tabla 1: Unidades de observación, población y muestra

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA
Código Civil Ecuatoriano Artículo 1454 y 1461	1	1
Código Orgánico General de Procesos Artículo 289	1	1
Constitución Política de la República Artículos 66 numeral 15, Artículo 276, Artículo 283, Artículo 304, Artículo 306, Artículo 416 numeral 12.	6	6
Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Artículos 1 al 18.	18	18
Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Artículos 134 a 164.	31	31
Decisión No. 563 de la Comunidad Andina de Naciones. Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) Artículos 109 a 120	12	12
Ley de Arbitraje y Mediación. Artículos 5 y 43	2	2
Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículos 1,2, 37, 38 y del 77 al 88.	16	16
Proyecto del Código de Comercio. Artículos 545 al 572	27	27
Reglamento de Franquicias de Correos del Ecuador CDE E.P. Artículos 1 al 30.	30	30
Entrevistas a Abogados expertos en la materia.	3	3
Jurisprudencia No. 1: Fallo correspondiente al juicio ordinario número 518/2005-3 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona – España.	1	1
Jurisprudencia No. 2: Fallo correspondiente a incumplimiento de contrato de franquicia	1	1

Elaboración: El autor

2.6.3. Método de Investigación

2.6.3.1. Métodos Teórico

El objeto de nuestra investigación se exploró por métodos teóricos, destacando el método histórico, y el método lógico, este último mediante procedimientos deductivos, inductivos y analíticos.

2.6.3.2. Métodos Empírico

Además de lo indicado en el numeral anterior se han utilizado como guía de observación del expediente se ha recurrido a casos extranjeros para el estudio de los casos debido a que dicha figura es reciente en nuestro país, para lo cual me permitiré comentar sobre dos fallos extranjeros del país de España; así como, a entrevistas a tres abogados expertos en la materia mediante un modelo estandarizado.

Las entrevistas fueron realizadas a los siguientes abogados:

- Dr. Leonidas Villagrán Cepeda, Presidente de la Asociación Ecuatoriana de Franquicias AEFTRAN, y Presidente del Directorio de la empresa Ecuafanquicias S.A., abogado experto en materia de Derecho Empresarial con 28 años de experiencia en el tema. Especialista en Comercio y Negociaciones Internacionales por la Universidad Católica de Guayaquil, LLM. (Magíster) en Derecho Constitucional por la UEES, Graduado de un posgrado en Seguros Marítimos por la Universidad Marítima Mundial. Es Presidente de la Comisión de Derecho Marítimo de la Confederación de Abogados de los Países Andinos.
- Ab. Carlos Zurita Macías, Abogado graduado en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, con 5 años de experiencia en materias Societario, Fiduciario, Seguros e Inmobiliario.
- Ab. Freddy Cobeña Rosales, Abogado graduado en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil con 7 años de experiencia y actualmente ejerce dentro del libre ejercicio profesional.

Las preguntas realizadas a los entrevistados fueron las siguientes:

1. ¿Considera usted que existen normativa legal aplicable al contrato de franquicia en el Ecuador?
2. ¿En caso de no ser así, comparte usted el criterio de promulgar una ley que recoja los preceptos jurídicos aplicables a dicha figura?
3. ¿Considera usted que, en la celebración del contrato de franquicia, una de las partes podría resultar afectada? Indicar el por qué.
4. ¿Considera usted que el contrato de franquicia es un atractivo modelo de negocio que permite dinamizar la economía?
5. ¿Considera usted que el contrato de franquicia se encuentra estrechamente ligado a la Propiedad Intelectual?
6. ¿Considera usted que es de conocimiento general el trámite a realizar para la obtención de una franquicia y la celebración del respectivo contrato?
7. Desde el punto de vista jurídico, cuáles serían sus recomendaciones respecto a la celebración del contrato de franquicia.

2.6.4. Procedimiento

Presentación del tema, a través de la introducción en la que contenga los antecedentes y problemática con la cual se arranca la investigación. En este orden de ideas, se presentan los antecedentes, contexto e interrogantes a las que responde la propuesta de intervención, planteando una visión retrospectiva del marco referencial en el que se ubica el tema de la propuesta, dificultades encontradas en algún intento precedente de cambio, momentos históricos que han condicionado la situación en cuestión, obstáculos que todavía subsisten y que han impedido la intervención de propuestas similares, entre otros aspectos. El diagnóstico previo está circunscrito con las interrogantes a las que responde la propuesta, lo que necesariamente implica el planteamiento de las necesidades implícitas o explícitas en forma de preguntas que se derivan de las variables e indicadores de la pregunta principal.

También se, explica por qué es necesaria la propuesta planteada y cuáles son los beneficios que se derivan de ella, considerando factores como: conveniencia, relevancia, implicaciones prácticas, valor teórico, utilidad metodológica, entre otros. Además, se establece el fin al que se quiere llegar con la propuesta, planteando un objetivo general y objetivos específicos que encierran la idea de la propuesta. Dentro del marco teórico y la

formulación de pregunta de investigación del proyecto se recolectó información proveniente de códigos y libros, se extrajo las teorías más importantes, para luego consultar fuentes bibliográficas, precedentes jurisprudenciales extranjeros, y entrevistar a expertos en materia del objeto de investigación.

Respecto a la metodología, se explicó cómo se realizó y cómo se puede implementar la propuesta, remarcando el repertorio de métodos teóricos y métodos empíricos que están disponibles en la metodología de la investigación científica, así como la serie de recursos utilizados en la implementación de la propuesta, para así proceder a la presentación de conclusiones y/o recomendaciones derivadas de los resultados obtenidos de la investigación, que sirvan como guía de los estudiosos interesados en el tema.

Delimitación

- Campo: El contrato de franquicia.
- Área: Derecho mercantil y de propiedad intelectual.
- Aspecto: Derecho Privado.
- Delimitación Espacial: Los datos serán obtenidos en la ciudad de Guayaquil y por la normativa de aplicación en todo el territorio, es nacional.

2.6.5. Diseño Metodológico.

Se ha realizado el respectivo análisis del tema, con antecedentes, contextos e inquietudes, así como su justificación, sus objetivos y los resultados que se esperan.

Los métodos empíricos son:

- Observación: Se aplica para obtener los datos que nos proporcionen los elementos para nuestro objeto de investigación.
- Análisis de documentos: Por medio del cual recopilamos la información y contrastamos datos que nos ayuden a estudiar el problema.
- Criterio de estudiosos en la materia: Este criterio es el idóneo para evaluar el objeto de investigación y las posibles falencias que se den en la implementación de dicho modelo dentro de nuestro país.
- Entrevistas: Cuestionario de preguntas con la finalidad de conocer el criterio de franquiciados y su experiencia en la implementación de dicha figura.

- Los métodos teóricos son los siguientes:
- Histórico- Lógico: Se aplica para conocer el origen y antecedentes históricos de la franquicia en nuestro país y como ha sido implementado.
- Análisis – síntesis: Nos permite conocer más profundamente las realidades del objeto de estudio, simplificar su descripción y determinar ideas a partir de conocimientos que ya poseíamos.
- Deductivo – Inductivo: Este método permite elaborar teorías y fundamentos con la finalidad de llegar a conclusiones desde lo general a lo particular.
- Modelo sistémico: Para la elaboración de la propuesta dentro del presente trabajo.

Luego de presentar la información relacionada al objeto de estudio, se determina el problema y su conclusión, para finalmente presentar la propuesta de solución del presente examen complejo.

2.6.6. Los instrumentos utilizados

2.6.6.1. Doctrina y textos legales

Para realizar el análisis teórico-práctico se ha tomado como referencia libros y publicaciones realizadas por profesionales expertos en la materia, ya que en nuestro país carecemos de normativa legal aplicable a la presente fecha. Así mismo, citaremos normativa legal expedida y realizaremos un análisis de su incidencia en el tema dentro del presente estudio.

2.6.6.2. Descripción del caso hipotético “PEPITA PIGUAVE”

El caso hipotético “PEPITA PIGUAVE” (cuya identidad ha sido protegida por petición de la persona) se enfoca a analizar el régimen jurídico del contrato de franquicia en el Ecuador y su problemática, mostrando que dicha figura en nuestro país tan beneficiosa y dinámica dentro de la economía del país, se encuentra sin regular pues solo existe un proyecto de ley aun no aprobado y cuyas disposiciones podrían ser complementadas en pro de la seguridad jurídica de los empresarios que trabajen con este tipo de esquema.

Se utilizó como base, doctrina, jurisprudencia extranjera, publicaciones realizadas por expertos en la figura, y demás textos que podrían servirnos en el estudio del tema, para orientar la consecución de los objetivos dentro del caso, generando a propuesta, las conclusiones y recomendaciones que contaran en este texto.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

3.1. BASE DE DATOS NORMATIVOS

Toda vez que hemos definido el contrato de franquicia y hemos enunciado sus conceptos básicos, podemos pasar a analizar el problema que consiste en que el contrato de franquicia actualmente no se encuentra regulado dentro de la legislación ecuatoriana, debiendo acudir a normas supletorias tales como Código Civil, Código de Comercio, la costumbre y el análisis de fallos y normativas extranjeros relacionados con el tema. Así, como mencionamos en líneas anteriores, podemos resaltar que nos encontramos frente a un contrato “atípico”, por lo cual, sus disposiciones nacen y se generan dentro de la negociación per se, debiendo pactar las partes cuantas cláusulas crean convenientes para proteger sus intereses siempre que no se encuentre expresamente prohibido por las leyes.

Cabe recalcar que la regulación de esta figura jurídica debe ser pormenorizada, considerando la experiencia de otros países en su legislación y al momento de compilar disposiciones correspondientes a este tipo de contratos debemos tomar en cuenta su naturaleza jurídica pues recordemos que por tratarse de una relación comercial, su normativa debe enmarcarse en el ámbito mercantil: y, al encontrarse estrechamente ligada a la Propiedad Intelectual, debe contener disposiciones relacionadas con el uso de la marca, secretos comerciales, etc. Por el exitoso modelo de negocio que ofrece dicha figura, al contar con características antes mencionadas, debe contar con mucha atención la promulgación de una ley que regule la materia, de modo que esto represente una mejora al sistema y su aprovechamiento.

Debemos recordar que la Función Legislativa, es ejercida desde el año 2008 por la Asamblea Nacional y es la encargada de expedir, codificar, reformar y derogar las leyes del país, la cual desde su nacimiento ha realizado una reestructuración del sistema legislativo, publicando preceptos jurídicos importantes dentro de nuestro estudio, los cuales me permito mencionar a continuación:

3.1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA. AÑO 2008. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.

La Carta Magna de la República del Ecuador, de la cual conocemos su jerarquía ante la demás normativa jurídica, recoge un conjunto de disposiciones que si bien no se encuentran relacionadas directamente con el contrato de franquicia, sirven como referencia para el planteamiento y lineamientos del tema, entre cuyos artículos 66 numeral 15, Artículo 276, Artículo 283, Artículo 304, Artículo 306, Artículo 416 numeral 12 se encuentran conceptos como “régimen de desarrollo”, “sistema económico social y solidario”, desarrollo de economías de escala y comercio justo, incentivo de producción, etc.

3.1.2. CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, ART. 1454 y 1461, R. O. NO. 46 DE 24 DE JUNIO DE 2005; QUITO, CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.

Los Artículos citados del Código Civil Ecuatoriano, únicamente recogen disposiciones relativas a los contratos y a los actos y declaraciones de voluntad, que nos permiten tener noción básica de qué constituye un contrato y qué elementos son indispensables para un acto o declaración de voluntad, de manera que se tenga claro que dicho acto jurídico no adolece de vicios que en un futuro puede acarrearlos en una posible controversia.

3.1.3. CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, ART. 289, SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NO. 506 DE 22 DE MAYO DE 2015; QUITO, CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.

El Artículo 289 del Código mencionado se ha tomado como referencia únicamente en el caso de surgir una controversia y no sea susceptible de un método alternativo de solución de conflictos, mediante el cual se proceda ante un trámite ordinario ya que no tiene trámite especial al encontrarnos ante un contrato innominado, esto es, que no se encuentra taxativamente definido dentro de nuestra legislación, todo lo cual, esto es, solución de controversias debe encontrarse expresamente establecido dentro de dicho instrumento jurídico.

3.1.4. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DE PODER DE MERCADO:

Esta Ley fue publicada mediante Suplemento de Registro Oficial No. 555 de fecha 13 de octubre de 2011 y nació para asegurar la adecuada distribución del ingreso y riqueza nacional, evitando las prácticas desleales, monopólicas, oligopólicas y evitando el acaparamiento, lo cual se encontraba garantizado en la Constitución Política del año 2008. Cabe indicar expresamente que esta normativa legal no contiene disposiciones expresas acerca del contrato de franquicia, sin embargo, me permito mencionarla debido a que crea la “Superintendencia de Control de Poder de Mercado” quien entre sus facultades tiene la potestad de controlar las operaciones de concentración económica tales como “la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante”.

Además, recordemos que dentro de la implementación de una franquicia consiste en el ingreso en un nuevo mercado, y esta entidad es la encargada de supervisar los acuerdos y prácticas prohibidas cuyo efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general, conforme lo dispuesto en el artículo 11 de la ley mencionada.

3.1.5. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN – INGENIOS:

Publicada en Suplemento del Registro Oficial No. 899 de fecha 9 de diciembre de 2008, ante la necesidad de armonizar los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, y darle un enfoque esencialmente mercantilista a los derechos de propiedad intelectual, entre cuyas disposiciones que nos interesan para la presente investigación se encuentran: Registro de uso de marca, licencia para explotación de la marca, nombre comercial y apariencia distintiva, aspectos de relevante importancia para las partes intervinientes dentro de la franquicia.

3.1.6. PROYECTO DE CÓDIGO DE COMERCIO:

Documento presentado ante la Asamblea Nacional cuyo proyecto ha pasado el Primer Debate dentro del cuerpo legislativo, el cual recoge disposiciones de carácter mercantil actualizando los textos y normas del Código de comercio de modo que se ajuste a la realidad de la actividad comercial, ya que el Derecho Mercantil es muy dinámico y

se encuentra en constante evolución, cambiando la forma de concretar los negocios procurando su agilidad.

En este proyecto de ley, se ha presentado un interesante texto, dedicando un capítulo a recoger disposiciones de estos contratos innominados, como resultado de las modernas técnicas de negociación cuyo modelo no era conocido y mucho menos regulado, de manera que con un marco jurídico que proteja a las partes, representa un vínculo estable y duradero que nos permita celebrar el contrato con seguridad jurídica que es lo que interesa en este tipo de relaciones.

El proyecto de ley mencionado sobre la franquicia contiene aspectos relevantes tales como: Definición, clases de franquicias, formalidades legales, establecimiento de “remuneración a favor del franquiciante”, requisitos para la celebración (además manifiesta que debe comprender con los descritos para la existencia de un contrato de distribución”, deber de confidencialidad, supuestos del contrato, derechos del franquiciante, obligaciones del franquiciante, obligaciones del franquiciado, asistencia técnica, modificaciones del contrato, entre otros.

Además, este proyecto de ley contiene disposiciones que nos mencionan ese tanpreciado concepto íntimamente ligado con la franquicia y del cual hablamos en el capítulo “KNOW-HOW”, las cuales se encuentran contenidas entre los artículos 590 a 598 y lo denomina como “Permiso para usar conocimiento”, contrato que hasta la presente fecha y hasta la publicación de este proyecto de ley, se encontraba innominado, cuyas particularidades las recogemos de la doctrina y de una de las fuentes del derecho como “la costumbre”, ya que no se encontraba regulado dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En dicho proyecto, recoge aspectos como su definición, determinación de información que debe ser protegida y la cual no debe ser protegida, prohibiciones y obligaciones del licenciante y el licenciatarario.

3.1.7. DECISIÓN 291 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: Régimen Común De Tratamiento A Los Capitales Extranjeros Y Sobre Marcas, Patentes, Licencias Y Regalías.

Ante la falta de legislación, nos permitimos además analizar normativa supranacional con la finalidad de recoger disposiciones que nos orienten a esquematizar dicho contrato desde una visión no solo interna sino desde la perspectiva extranjera, razón por la cual citamos las disposiciones emitidas por la Comunidad Andina de Naciones, la cual como hemos estudiado dentro del ámbito de propiedad intelectual, expide disposiciones que procuran la integración económica regional de sus países miembros.

Tal es así que el documento a estudiar en el presente capítulo, dentro de la búsqueda de una mayor eficiencia y competitividad de las economías de los países miembros, mediante la liberalización y apertura al comercio y a la inversión internacional acordaron remover los obstáculos para la inversión extranjera e incentivar la libre circulación de capitales subregionales. Dentro del caso concreto del contrato de franquicia, no lo establece expresamente, sin embargo, cabe indicar que se mencionan aspectos como transferencias internacionales de tecnología, pago de regalías, inversiones extranjeras, lo que conlleva a aspectos importantes a tratar dentro de la figura estudiada mucho más si se implementa una de carácter internacional.

3.1.8. DECISIÓN 563 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES: CODIFICACIÓN DEL ACUERDO DE INTEGRACIÓN SUBREGIONAL ANDINO (ACUERDO DE CARTAGENA):

Tal como indica en sus considerandos, el denominado “Acuerdo de Cartagena” (Acuerdo de Integración Subregional Andino” se celebró entre los Gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela con la finalidad de fortalecer la unión de sus pueblos y sentar las bases para avanzar hacia la formación de una comunidad subregional andina. Su artículo 1 nos indica que *“... tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social: acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.”*

Quiroga Olaya en su publicación “Contrato de franquicia, propuesta de regulación en la comunidad andina” nos manifiesta que es pertinente advertir que el fundamento

jurídico para sustentar la regulación de esta figura jurídica se encuentra en el artículo 55 de esta normativa que establece:

“Artículo 55.- La Comunidad Andina contara con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías.” (Quiroga Olaya, 1909-7794)

Este Acuerdo a pesar de que no habla claramente de la franquicia como tal, nos habla de capitales extranjeros y la integración económica entre los países miembros, dentro de los que se dará un tratamiento común a los elementos intangibles, siendo estos, los protegidos por la propiedad intelectual, los cuales claramente se ha indicado en el trabajo que se encuentran estrechamente relacionados con la franquicia, tales como los secretos empresariales, el know-how, las licencias de uso entre otros, al tratarse de elementos indispensables de mencionar dentro del contrato estudiado.

Lo ideal sería además que no solo exista legislación nacional que proteja tal figura jurídica, sino también exista normativa internacional que recoja tales preceptos, pues recordemos que las franquicias dentro de nuestro país más conocidas son las extranjeras al implementarse en los últimos años, de modo que se dé un tratamiento uniforme y tengamos claros los conceptos sobre los cuales negociar.

3.1.9. LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.

Los Artículos 5 y 43 de la ley mencionada, nos indican los métodos alternativos de solución de conflictos a los que podemos recurrir, que deben ser pactados dentro de la cláusula de solución de controversias con la finalidad de acudir a tales métodos previo a un litigio en caso de generarse un conflicto dentro de la ejecución del contrato de franquicia antes mencionado, pues como sabemos estos procedimientos se caracterizan por su confidencialidad, rapidez, flexibilidad, economía y especialidad, pudiendo inclusive llegar a un acuerdo o negociación beneficioso para ambas partes.

3.1.10. ESTUDIO DE JURISPRUDENCIAS RELACIONADAS CON EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Dado que, en nuestro país, esta figura es reciente se ha recurrido a casos extranjeros para el estudio de los casos, para lo cual me permitiré comentar sobre dos fallos extranjeros del país de España los cuales adjunto como anexo tres del presente trabajo, y a continuación detallo:

Procedimiento Ordinario 34-2003:

Demandante: ASOCIACIÓN DE FRANQUICIADOS DE CANTINA MARIACHI

Parte demandada: GRUPO RESTMON, S.L.

En este caso, la parte actora demanda que se declare el incumplimiento de la parte demandada de los contratos de franquicia respecto a la exclusividad territorial con otras franquicias de las cuales el franquiciado ostenta la titularidad. La demandada por otro lado manifestó que no existe incumplimiento contractual como competencia desleal pues ha realizado actos de buena fe, y normal competencia dentro del mercado, siendo necesario dentro del análisis del caso revisar el concepto de contrato de franquicia entendiéndose como un contrato de colaboración entre partes jurídica y económicamente independientes que comporta ventajas para todos los implicados.

Luego de analizadas las pruebas, tales como declaración de testigos y nombramiento de peritos expertos en el caso, se desprende que el franquiciante no ha abonado el canon de publicidad al que estaba obligado por medio del contrato, por lo cual en su caso también existiría incumplimiento; y, finalmente se desestima la demanda por falta de legitimación activa de la parte demandante.

Procedimiento ordinario 518-2005

Sección 3ra. En este caso se ha protegido la identidad de las partes procesales.

Las partes demandan el incumplimiento del contrato, por una parte, el franquiciado en el impago de los pedidos por dificultades de financiación, y por parte del franquiciante al no realizar la recompra de la mercancía. Las demandadas procedieron a la resolución del contrato, dejando el franquiciado de vender la marca de la ropa objeto de la franquicia y procediendo a vender ropa de otras marcas.

El segundo incumplimiento se centra en la vulneración de la cláusula de no competencia, pues en el local de venta minorista de ropa, ha desarrollado la misma actividad de otra marca, pues desde la resolución del contrato se ha eliminado la marca y se ha realizado un cambio a la imagen del local y en dicha cláusula la estipulación era “abstenerse de ejercer, en ningún caso, por si o por terceras personas, o por medio de su participación en sociedades mercantiles, actividades de naturaleza idéntica, similar o conexas con aquella que constituye el objeto del presente contrato de franquicia.

El tercer incumplimiento se basa en el conocido “know-how” que le fue suministrado, que, si bien es consecuencia del incumplimiento anterior, constituye uno más para considerar el inicio de la presente acción procesal, lo cual la parte demandada pone en conocimiento su postura pues manifestó que únicamente le entregaron manuales, procedimientos internos, estructura del negocio y gestión comercial, con lo cual no se deja clara la reclamación.

Por ésta razón la parte demandante reclama el pago de las cantidades impagas más la indemnización por daños y perjuicios causados, así como el valor por concepto de royalty que dentro del juicio se corrobora que no fue cancelado en su totalidad, por otro lado, la demandada alega que no recibió la formación inicial lo cual la parte actora probó que no era así con certificados de asistencia y además reclama el incumplimiento de las obligaciones publicitarias por parte de la franquiciante, para lo cual la parte actora presentó los documentos probatorios que impiden apreciar el incumplimiento alegado.

Finalmente, se condena cancelar el valor correspondiente a daños y perjuicios causados por el desistimiento del contrato y por incumplimiento contractual más los intereses legales, además del cese inmediato de todas las marcas, rótulos, logotipos, nombres comerciales y demás signos distintivos de titularidad de la demandante, y restituir todos los soportes físicos a los que se incorporen los signos distintivos y toda la documentación a la que se haya incorporado el know-how así como los manuales de franquicia que le fueron entregados.

Se condena también, a las demandadas realizar actividad similar en el establecimiento durante un año a partir de la fecha de la demanda.

Del estudio de ambos casos podemos concluir que como mencionamos anteriormente, debemos prever las consecuencias que podría llevar su terminación ya que muchas veces es mucho más costoso que incluso su implementación y puede causar un grave perjuicio económico aparte del ya sufrido en virtud de la terminación del contrato y por ende del negocio.

3.2. ANÁLISIS DE RESULTADOS

3.2.1. LAS FRANQUICIAS EN EL ECUADOR

El contrato de franquicia ha tenido mucha acogida en los últimos años a partir de su ingreso en nuestro país al tratarse de una herramienta que favorece la expansión comercial de un negocio, pues, no se debe tener grandes cantidades de dinero para implementarse y genera beneficios para ambas partes, prueba de ello es que existen franquicias que tienen poco tiempo de implementadas y ya gozan del éxito esperado.

En el Ecuador, dentro del mercado de franquicias se evidencia que el sector alimenticio predomina, principalmente las comidas conocidas como “fast food” o comida rápida, a pesar que la comida ecuatoriana se encuentra muy bien valorada alrededor del mundo, los restaurantes de este tipo han tenido mucha acogida, los cuales podemos encontrar mayormente en las ciudades principales del país como Quito, Guayaquil, Cuenca, Machala se han posesionado las cadenas como Subway, Mc Donalds, Wendys, Pizza Hut, Burguer King, Telepizza, entre otras.

Sin embargo, es necesario recalcar y por tal motivo se constituye nuestro objeto de estudio, que dicha figura jurídica a pesar del exitoso modelo que puede representar, carece de regulación en el Ecuador, lo cual puede desembocar en abusos o inconvenientes entre franquiciantes y franquiciados y finalmente a la ruptura de la relación comercial, pérdidas para el emprendedor y controversias surgidas entre las partes, por lo cual se considera necesario la compilación de directrices dentro de un cuerpo legal que sea de conocimiento general.

3.2.2. LAS ASOCIACIONES DE FRANQUICIAS EN EL ECUADOR

Cabe mencionar que existen asociaciones dedicadas a brindar asesoría y marcar las directrices para la consecución de un negocio bajo este modelo, no sólo a nivel

nacional sino a nivel internacional, cuyo criterio en este objeto de estudio únicamente para realizar la distinción que corresponde, es que son mal llamadas “asociaciones de franquicias” ya que podrían confundirse como tales y en realidad se tratan de asociaciones asesoras de contratos de franquicias, entre las cuales me permito citar las siguientes:

3.2.3. ASOCIACIÓN DE FRANQUICIAS DEL ECUADOR (AEFRAN):

Organización sin fines de lucro fundada en 1997 cuyo domicilio es la ciudad de Quito, cuya misión es el desarrollo de sistema de franquicias en el Ecuador. Actualmente cuenta con un “Buró de Franquiciadores” que constituye el máximo y obligatorio nivel de consulta de los Organismos de Gobierno de la Asociación, para definir sus acciones estratégicas. Al momento conforman esta Comisión representantes de 14 franquicias de diferente tipo: DISENSA, FARMACIAS CRUZ AZUL/FARMACIAS COMUNITARIAS, KOKTELITOS, LA TABLITA DEL TARTARO, LOS CEBICHES DE LA RUMIÑAHUI, PIMS, YOGURT PERSA/YOGURTITO, FRANQUICIAS DINADEC, WALL STREET INSTITUTE, PAÑALERAS POTOTIN, NEW HORIZONS Y BIT COMPANY.

3.2.4. ASOCIACIÓN ECUATORIANA DE FRANQUICIADORES (AEDEF):

La Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores (AEDEF) reúne a aquellos franquiciadores que desarrollan actividades en Ecuador, comprometidos con los principios éticos del sistema de franquicias y que, por ello, se comprometen a cumplir con las normas del Código Deontológico Europeo de la Franquicia.

Sus objetivos son los siguientes:

- *Desarrollar y promover acciones que permitan mejorar las condiciones del sector Franquicias en Ecuador*
- *Organizar eventos de capacitación para los Miembros Asociados y público en general.*
- *Establecer normas que promuevan el profesionalismo de las Empresas Franquiciadoras y Profesionales que participan en la industria de las Franquicias en Ecuador.*
- *Participar con organismos y asociaciones públicas y privadas en la promoción del sector de Franquicias en Ecuador*

- *Representar a las franquicias ante el Sector Gobierno y gestionar ante éste acciones y legislación que permitan mejorar las condiciones en la que se encuentra la industria de las Franquicias en Ecuador.*
- *Desarrollar un banco de estadísticas del sector.*
- *Trabajar conjuntamente con otros sectores de la iniciativa privada en un plan general de desarrollo, promoción y supervisión de programas privados y gubernamentales que beneficien al sector de las franquicias. (Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores)*

Desde su creación, la Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores cuenta con el aval y respaldo de la Federación Iberoamericana de Franquicias (FIAF), Asociación Española de Franquiciadores (AEF), Asociación Brasileira de Franchising (ABF), Cámara Peruana de Franquicias, Asociación Argentina de Franchising (AAF), Cámara Chilena de Franquicias y la Cámara Venezolana de Franquicias (PROFRANQUICIAS) quienes suscribieron su acta constitutiva.

A través de su página web ofrecen su contacto e información sobre empresas franquiciadoras, consultores en franquicia, programas de formación, eventos y datos sobre la franquicia en Ecuador y el mundo.

ECUAFRANQUICIAS: Entidad fundada en el año 2006, cuya misión es apoyar el desarrollo del sistema de Franquicias en Ecuador y las diferentes alternativas de expansión empresarial.

Para Franquiciadores o empresas que desean la expansión empresarial:

- Análisis de Viabilidad de Franquicia
- Asesoría para la creación de la Franquicia.
- Elaboración de manuales de operación de la Franquicia.
- Estrategia de Desarrollo Integral de Franquicias y expansión de negocios.
- Registro de Marcas, Propiedad Intelectual y Contratos de Franquicia.
- Capacitación y formación en Franquicias para Franquiciadores.
- Capacitación y formación en Franquicias para Franquiciados.
- Apoyo para la negociación de Franquicias a nivel nacional e internacional.

- Participación en Ferias Nacionales e Internacionales.
- Apoyo para promoción de marcas, franquicias y búsqueda de franquiciados.
- Definición de estrategias para Acceso a Nuevos mercados nacionales o internacionales.

Para interesados en adquirir franquicias (master o individuales):

- Asesoría en la selección y análisis de franquicias.
- Análisis de temas financieros, legales y logísticos de las franquicias.
- Asesoría en la negociación del contrato.

3.2.5. LAS FRANQUICIAS EN EL SECTOR PÚBLICO:

Tal es el “boom” del modelo de negocio y de conocimiento general pero básico, las ventajas que genera su implementación que no sólo el sector privado ha puesto su atención, sino también el sector público con la finalidad de simplificar su prestación de servicios, concediendo al franquiciado el derecho a cobrar cierta cantidad de dinero por un servicio requerido; así, por otra parte, la entidad o empresa pública dedicada a brindar dicho servicio deja de incurrir en tales gastos administrativos de implementar un centro de atención.

Podemos citar a Correos del Ecuador CDE E.P. creada mediante Decreto Ejecutivo número 324 emitido el 14 de abril de 2010, empresa pública con autonomía administrativa y presupuestaria, con una imagen confiable, próspera, productiva, competitiva, ética y de compromiso social que ofrece una amplia gama de servicios y productos postales de alta calidad a precios competitivos, tanto a nivel nacional como internacional.

Mediante resolución No. 2013-029 se emitió el “Reglamento de Franquicias de Correos del Ecuador” publicado en Registro Oficial No. 940 de 24 de abril de 2013, el cual tiene por objeto normar el desarrollo y funcionamiento de las franquicias como modelo de negocio de la empresa pública Correos del Ecuador CDE E. P. y cuya aplicación es dentro del territorio nacional, estableciendo además los requisitos para la obtención de la franquicia, los cuales una vez presentados deben ser seleccionados y adjudicados por el Comité de Calificación de Franquicias.

Ésta alternativa es atractiva para su implementación principalmente en empresas públicas que ofrecen sus productos y servicios, pues, es de conocimiento público la difícil situación económica que atraviesa el país y cuya figura puede agilizar la implementación del negocio en un área determinada, beneficiando a la población y concediendo al franquiciado un éxito seguro (tarifa fija).

3.2.6. BASE DE DATOS EMPÍRICOS

RESPUESTAS DE CUESTIONARIO DE ENTREVISTA APLICADO A TRES ABOGADOS EXPERTOS EN LA MATERIA

Pregunta No. 1: ¿Considera usted que existen normativa legal aplicable al contrato de franquicia en el Ecuador?

Respuestas:

Sujeto A: Normativa directa no existe ahora.

Sujeto B: Específicamente enfocado en el negocio de las franquicias como tal, no hay normativa que de manera general regula la actividad mercantil propia de éste tipo de negocios.

Sujeto C: No existe. Para estudiar el tema se debe recurrir a normativa secundaria relacionada al tema.

Análisis: Tomando en consideración las respuestas indicadas, determinamos que no existe normativa legal aplicable ya que nos encontramos ante un contrato innominado, y para orientarnos podemos recurrir a normativa secundaria relativa a contratos mercantiles y de propiedad intelectual.

Pregunta No. 2: ¿En caso de no ser así, comparte usted el criterio de promulgar una ley que recoja los preceptos jurídicos aplicables a dicha figura?

Sujeto A: Si.

Sujeto B: Si.

Sujeto C: Si, es necesario.

Análisis: Al encontrarnos ante una figura jurídica que al momento se encuentra tomando importancia en nuestro país por su constante desarrollo, es necesario regularlo en una normativa que nos permita tener claro cómo negociar el tema de franquicia y qué se debe pactar dentro del contrato, de modo que dicho modelo sea de beneficio para las partes.

Pregunta No. 3: ¿Considera usted que, en la celebración del contrato de franquicia, una de las partes podría resultar afectada? Indicar el por qué.

Sujeto A: Siempre, si una de las partes no está bien asesorada.

Sujeto B: Al igual que cualquier negocio, la franquicia (mal estructurada legalmente) podría generar una desventaja para cualquiera de las partes, sin embargo, es mi criterio personal que es “El Franquiciado” la parte más vulnerable en la relación contractual.

Sujeto C: Si, por desconocimiento del tema y falta de asesoramiento.

Análisis: Como en toda negociación, siempre una de las partes puede resultar afectada cuando sus cláusulas no han sido negociadas debidamente y no se ha tenido la debida diligencia de estudiar el tema previo a implementarlo. Por ello se reitera la importancia de contar con un asesor estudioso del tema que permita aclarar cualquier duda.

Pregunta No. 4: ¿Considera usted que el contrato de franquicia es un atractivo modelo de negocio que permite dinamizar la economía?

Sujeto A: Por supuesto.

Sujeto B: Si.

Sujeto C: Si.

Análisis: Las franquicias, como lo hemos revisado a lo largo del presente análisis, pueden ser de todo tipo, encontrándonos ante franquicias nacionales e internacionales, de precio accesible así como de grandes estándares de calidad, por lo cual, contando con el capital necesario y un análisis económico del tema se pueden implementar fácilmente y de manera rápida, lo cual nos permite implementar un negocio ya establecido dentro del mercado, y rentable con lo cual no sólo se beneficia la economía individual sino se dinamiza la economía del país al crear plazas de empleo y requerir de implementos necesarios siendo necesario realizar compras e inversiones.

Pregunta No. 5: ¿Considera usted que el contrato de franquicia se encuentra estrechamente ligado a la Propiedad Intelectual?

Sujeto A: Completamente.

Sujeto B: Si, por el tema marcario.

Sujeto C: Si.

Análisis: Se realiza énfasis en ésta pregunta, pues la mayoría podría pensar que la ejecución de un contrato de franquicia es fácil, sin tomar en cuenta su aspecto marcario, estrechamente ligado con la Propiedad Intelectual y de lo cual se debe tener especial cuidado contando con las licencias correspondientes y no acarrear en una controversia que no nos permita continuar con el contrato.

Pregunta No. 6: ¿Considera usted que es de conocimiento general el trámite a realizar para la obtención de una franquicia y la celebración del respectivo contrato?

Sujeto A: Muchas personas desconocen que este es un proceso técnico

Sujeto B: No.

Sujeto C: No. Existe desconocimiento del tema.

Análisis: No existe conocimiento del tema, por tratarse de una figura jurídica relativamente nueva e innominada, sin contar con preceptos jurídicos necesarios para absolver las dudas que pudieran generarse. Las franquicias extranjeras cuentan ya con su formato de contrato y en su legislación se encuentra regulada, convirtiéndose prácticamente en un contrato de adhesión por tener que aceptar sus cláusulas.

Pregunta No. 7: Desde el punto de vista jurídico, cuáles serían sus recomendaciones respecto a la celebración del contrato de franquicia.

Sujeto A: Recopilar información relacionada con legislación secundaria que sirva como información para una correcta negociación e instrumentación del contrato de franquicia.

Sujeto B: Considero que lo principal respecto a éste tipo de contratos es establecer de forma clara los derechos y obligaciones de ambas partes, especialmente en cuanto a la asistencia que debe la franquiciante al franquiciado, el know-how, softwares, la propiedad intelectual sobre la que se está trabajando, una clara estipulación de los beneficios

económicos y métodos beneficiosos para ambas partes para terminar de manera consensuada la relación contractual.

Sujeto C: Asesorarse con abogados estudiosos de la materia, con la finalidad de estipular dentro del contrato cláusulas que beneficien a ambas partes y así evitar una futura controversia.

Análisis: Las recomendaciones de los expertos han sido acogidas y se puede decir que por la importancia que podría tener éste contrato, en caso de que su negociación sea exitosa, los interesados en el tema deben asesorarse no sólo de abogados estudiosos en la materia sino también contar con un asesor financiero que permita verificar que tan rentable es implementar dicho modelo de negocio, de modo que se pueda cumplir con lo indicado dentro del contrato y se obtengan los réditos planificados. Nos encontramos ante una figura que debería ser más explotada ante su simplicidad para implementarla.

3.2.7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Para finalizar el presente trabajo, se enunciarán las siguientes conclusiones y recomendaciones a la luz del tema investigado y sus fuentes bibliográficas:

3.2.7.1. CONCLUSIONES

- 1) La franquicia es de conocimiento general de la población, al menos básicamente y aceptada de una manera positiva debido a los beneficios que implica su implementación para ambas partes contratantes, pues permite al empresario expandir sus horizontes y al emprendedor, aprovechar un modelo de negocio ya exitoso.
- 2) Su llegada al país, se debe a la globalización y a la expansión económica a la que nos encontramos inmersos en la actualidad, cuyo conocimiento ha llegado a la población gracias a la llegada de cadenas alimenticias famosas en el mundo tales como Burger King y KFC.
- 3) En este contrato prevalece la autonomía de la voluntad de las partes, manifestada en nuestro código civil actual, dentro de lo cual las partes pactan sus cláusulas en base a lo que creen conveniente y como consecuencia estas disposiciones se convierten en ley para los contratantes.
- 4) La franquicia no solo implica la asesoría de un abogado para su correcta implementación, pues si bien es de primordial importancia que este profesional revise los términos y condiciones, debemos recurrir a un profesional en estudio de

mercado, financiero, contable, de manera que podamos desde un inicio deducir que nos llevara al éxito o al menos a la recuperación de los costos incurridos, ya que no debemos iniciar una franquicia por tendencia o deduciendo que alcanzaremos la meta esperada.

- 5) Por lo antes expuesto, al encontrarnos ante un negocio y por ende una inversión por parte de quien la desea implementar, debemos tener la debida diligencia y cuidado en revisar previamente todas las clausulas y estipulaciones sobre las cuales nos encontramos contratando, es decir, no tomarlo a la ligera.
- 6) Tomar en cuenta que, por lo menos dentro del presente estudio se ha dejado claro que se encuentra estrechamente relacionado con la propiedad intelectual, razón por la cual se considera pertinente no descuidar este aspecto y obtener las licencias respectivas y guardar el sigilo correspondiente respecto a su modelo de negocio, a efecto de evitar incurrir en una causal de terminación del contrato y las consecuencias que este conlleva.
- 7) La franquicia es un negocio en el cual debe existir mucha cooperación de las partes, solo así se puede llegar a la meta esperada. De lo contrario, el franquiciante o franquiciado se excusaría en que la otra parte debe realizar toda la gestión para la obtención de la utilidad esperada, no siendo así. Así mismo, deben acordar el riesgo y como se asumirá este, especialmente en el campo económico.
- 8) Este tipo de contrato es atípico y no se asemeja ni debe confundirse con otro tipo de contratos como contrato de concesión de marca, de distribución, suministro y su know-how no debe tratarse de manera aislada al contrato (como se establece en el proyecto de ley citado), ya que constituye un aspecto fundamental en este, por no decir su parte más importante.

3.2.7.2. RECOMENDACIONES

- 1) Si bien aún no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, se recomienda a los Asesores Jurídicos, abogados de empresas y demás interesados en el tema revisar la normativa secundaria que serviría de guía, tales como: Código Civil, Código de Comercio, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, entre otros aplicables, además acudir a doctrina extranjera para revisar cada caso concreto.
- 2) En el caso de desear involucrarse con este tipo de negocio, los dueños de dichas empresas o emprendedores interesados, esto es, posibles franquiciantes, deben

asesorarse con los profesionales expertos en la materia de modo que propicien realizar una buena negociación plasmado dentro del contrato, pues recordemos que como toda inversión implica riesgos que pueden ser mitigados previo a llegar a una controversia.

- 3) En la normativa legal a crearse para proteger este tipo de contrato, las autoridades correspondientes deben considerar todos los aspectos mencionados dentro del presente estudio, tales como: Cláusulas de confidencialidad, concesión de licencias, causales de terminación, solución de controversias y determinar claramente los derechos y obligaciones de las partes de modo que constituya seguridad jurídica y no existan riesgos de abuso por los contratantes. (Ver Anexo No. 2)
- 4) Se considera necesario para las partes comparecientes dentro del contrato, además, tomar en cuenta la delimitación de responsabilidades ante terceros que pudieran iniciar acciones legales dentro de la ejecución de la franquicia, por ejemplo: Despidos dentro del negocio que den lugar a juicios laborales, reclamos por parte de clientes al tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- 5) Se recomienda de manera previa si la franquicia es de gran prestigio y el franquiciante tiene cierta incertidumbre, que realice un proceso de “due dilligence” con el franquiciatario al momento de la negociación para implementar este modelo de negocio a fin de determinar si el franquiciado cumplirá con los estándares de calidad. Por ejemplo: Si no cuenta con los recursos necesarios, no podrá soportar las exigencias realizadas por el franquiciante para mantener la reputación del negocio.
- 6) Es recomendable para las partes intervinientes en el contrato de franquicia, que la acción de reclamar daños y perjuicios se encuentre estipulada dentro de la normativa legal a expedirse, pues es una eventualidad propensa a ocurrir por mala gestión del contrato.
- 7) El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en el ámbito de sus competencias, deben crear un área de atención relacionada con situaciones que se deriven del contrato de franquicia, de modo que sean los organismos de control de esta figura.
- 8) Si se pretende exportar una franquicia, el franquiciante debe considerar aspectos adicionales (como cualquier contrato de compraventa internacional) tales como:

El franchise fee dentro del territorio extranjero, el valor de los bienes en dicho mercado, los impuestos a pagar derivados de la exportación, los trámites en Aduana, entre otros que pudieran surgir.

- 9) Los Poderes del Estado encargados de legislar tales como: Asamblea Nacional y Función Legislativa, así como los expertos y estudiosos de la materia deben trabajar en conjunto a efectos de recoger los preceptos jurídicos suficientes para expedir la normativa legal que ampare dicho modelo de negocio, ya que como hemos indicado anteriormente, existen asociaciones y expertos en la materia que podrían aportar mucho en la creación de una ley.
- 10) Finalmente, se recomienda que la persona desee incursionar en una franquicia realice el análisis previo, si tal modelo de franquicia a implementar se encuentra acorde con sus conocimientos y si está dispuesto a gestionar su éxito, pues, si no tengo conocimiento de tal servicio, mal podría involucrarse en obtener la franquicia, pues su desconocimiento no le exime de la responsabilidad por las consecuencias en el mal manejo del negocio.

Dentro del estudio del objeto de investigación y como resultado del mismo, nos hemos permitido elaborar un proyecto de ley (Ver Anexo No. 1), el cual recoge las disposiciones que atañen a dicho contrato, de modo que sirva de guía para las posteriores contrataciones y se eviten las controversias o abusos que podrían generarse por su mal manejo o desconocimiento de la figura, pues generalmente tenemos un conocimiento superficial de la misma, mas no consideramos los aspectos precontractuales ni prevemos las consecuencias que podrían darse en caso de dar por terminado el contrato, y mucho menos se sabe el rol de la propiedad intelectual dentro de este.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Arosemena Burbano, F. (24 de 06 de 2016). Apuntes de la Clase de Derecho Mercantil impartida . *Maestría de Derecho de Empresas IV Promoción Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. Guayaquil, Guayas, Ecuador.
- Arosemena Burbano, F. (s.f.). *La Importancia de Proteger los Secretos Empresariales*. . Obtenido de http://www.rosemenaburbanoyasociados.com/articulo_la-importancia-de-proteger-los-secretos-empresariales.html
- Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores*. (s.f.). Obtenido de <http://www.tagaropulus.com/Asofranquicias/queesaed.htm>
- Cáceres Barraza, C. A. (1997). El contrato de Franquicia. En C. A. Cáceres Barraza, *El contrato de Franquicia* (págs. 56-57). Lima: Cultural Cuzco.
- Cevallos Vázquez, V. (2005). *Contratos Civiles y Mercantiles*, Primera edición. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Código Civil Ecuatoriano. (2005). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Flavio, A. B. (s.f.). <http://www.rosemenaburbanoyasociados.com>. Obtenido de http://www.ROSEMENAburbanoyasociados.com/articulo_la-importancia-de-proteger-los-secretos-empresariales.html
- Gallo C., J. (2014). *El contrato de franquicia en la doctrina y jurisprudencia*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe>: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13772>
- García Giliberti, L. V. (2013). 101 preguntas y respuestas sobre las franquicias. En L. V. García Giliberti, *101 preguntas y respuestas sobre las franquicias* (pág. 18). Caracas: Bookbaby, Primera edición.
- García, J. (s.f.). *¿Es la exclusividad territorial un elemento esencial del contrato?* Obtenido de El blog de la franquicia: <http://www.elblogdelafranquicia.com/%c2%bf-es-la-exclusivi>
- García, J. (s.f.). <http://www.elblogdelafranquicia.com>. Obtenido de *¿Es la exclusividad territorial un elemento esencial del contrato? “Tacos Tacos” y Consultor Estratégico de compañías de franquicia.*: <http://www.elblogdelafranquicia.com/%c2%bf-es-la-excl>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (28 de noviembre de 2010). *Instituto Nacional de Estadística y Censos*. Recuperado el 25 de julio de 2017, de Ecuador en Cifras: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-de-poblacion-y-vivienda/>
- José Luis, M. F. (s.f.). *Contratos Internacionales. Parte Especial*. En M. F. José Luis. Medellín: Universidad de Medellín.

- Lázaro Sánchez, E. J. (2000). El contrato de franquicia. . *Revista Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 18*, 112-113.
- López Guzmán, F. (2005). El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial. En F. López Guzmán, *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial* (págs. 760-761). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Marín Fuentes, J. L. (s.f.). Contratos Internacionales. En J. L. Marín Fuentes. Universidad de Medellín.
- Miravet, J. L. (2014). ¿Por qué fracase con mi franquicia? . En J. L. Miravet, *¿Por qué fracase con mi franquicia?* (pág. 25). Barcelona: Profit. Obtenido de Profit. Barcelona – España.
- Monroy Cabra, M. G. (2002). Derecho internacional público. En *Monroy Cabra, Marco Gerardo* (págs. 500-501). Bogotá: Temis .
- Navas Herrera, M. F., & Mosquera Moreno, A. M. (s.f.). *El contrato de franquicia: Aportes y tendencias en el derecho comparado sobre la responsabilidad del franquiciador*. Obtenido de www.scielo.org.co: www.scielo.org.co/pdf/univ/n119/n119a17.pdf
- Olaya, A. F. (s.f.). El Contrato de Franquicia. *Revista de Derecho Privado ISSN*, 14.
- Organización Mundial de Propiedad Intelectual. (s.f.). En *Guía de Franquicias* (pág. 16).
- Paredes Castillo, M. L., & Veintimilla García, A. C. (2006). *Tesis previa al otorgamiento del título de Especialista en Propiedad Intelectual e Industrial "El contrato de Franquicias"*, 36-38.
- Posso Zumárraga, M. (5 de Enero de 2009). Las Franquicias. En D. Ecuador.
- Quiroga Olaya, A. F. (1909-7794). El Contrato de Franquicia. . *Universidad de los Andes. Revista de Derecho Privado. ISSN (Versión electrónica): 1909-7794.*, 14.
- Villacís Parada, A. (07 de Mayo de 2014). <https://www.camuees.com.ec>. Obtenido de <https://www.camuees.com.ec>: <https://www.camuees.com.ec/la-mediacion-y-su-eficacia-en-la-solucion-de-conflictos/>
- Villagrán Cepeda, L. (s.f.). *Aspectos Legales de la Franquicia en el Ecuador*. Obtenido de www.aefran.org/aspectoslegales.html

FUENTES NORMATIVAS

1. Código Civil Ecuatoriano, Art. 1454 y 1461, R. O. No. 46 de 24 de junio de 2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
2. Código Orgánico General de Procesos, Art. 289, Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
3. Constitución Política de la República. Año 2008. Asamblea Nacional Constituyente.
4. Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones: Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 682 de 13 de mayo de 1991.
5. Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Fuente web:
<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>
6. Decisión No. 563 de la Comunidad Andina de Naciones. Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) publicado el 26 de junio de 2003. Fuente web: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec563s.asp>
7. Ley de Arbitraje y Mediación, Artículos 5 y 43, Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
8. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.
9. Proyecto de Código de Comercio. Fuente web: www.asambleanacional.gob.ec
10. Reglamento de Franquicias de Correos del Ecuador CDE E.P. (Resolución No. 2013-029), Registro Oficial No. 940 de 24 de abril de 2013.
11. Fallo correspondiente al procedimiento ordinario 34-2003 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona – España. Asociación de Franquiciados de Cantina Mariachi. www.abogadosdefranquicia.com/es/jurisprudencia.
12. Fallo correspondiente al juicio ordinario número 518/2005-3 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona – España. Comité de Expertos de la Asociación Española de Franquiciadores (AEF). Fuente web: www.abogadosdefranquicia.com/es/jurisprudencia.
13. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación – Ingenios, Suplemento de Registro Oficial No. 899 de 9 de diciembre de 2016.

ANEXOS

ANEXO 1

PROYECTO DE LEY DE FRANQUICIAS

LA ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, el artículo 66 numeral 15 de la Constitución de la República establece como derecho de libertad desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva conforme con los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental;

Que, el numeral segundo del artículo 276 de la Constitución de la República prescribe que el régimen de desarrollo tendrá entre otros objetivos, construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable;

Que, el artículo 283 de la misma Constitución señala que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir;

Que, el artículo 304 numeral quinto del mismo cuerpo legal establece que uno de los objetivos de la política comercial será impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo;

Que, el artículo 306 *ibídem* indica que el Estado promoverá las exportaciones ambientalmente responsables, con preferencia de aquellas que generen mayor empleo y valor agregado, y en particular las exportaciones de los pequeños y medianos productores y del sector artesanal. El Estado propiciara las importaciones necesarias para los objetivos del desarrollo y desincentivara aquellas que afecten negativamente a la producción nacional, a la población y a la naturaleza;

Que, el artículo 416 numeral 12 señala que las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables o ejecutores, y en consecuencia: Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la

solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo.

Que, es necesaria la compilación de normas jurídicas que regulen y ordenen las relaciones dentro de la implementación de franquicias nacionales e internacionales, las cuales actualmente son una alternativa para dinamizar la economía del país.

En uso de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY DE FRANQUICIAS

TÍTULO I

DEL ÁMBITO Y OBJETIVO DE LA LEY

Art. 1.- La presente ley tiene por objeto el ordenamiento y regulación de las relaciones derivadas del otorgamiento de franquicias, cuya aplicación es obligatoria para todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o internacionales que intervengan en la venta de bienes o prestación de servicios bajo esta modalidad desarrollen estas actividades en cualquier parte del territorio nacional.

Art. 2.- La franquicia es el contrato en virtud del cual una persona natural o jurídica denominada franquiciante cede a la otra denominada franquiciado a cambio de una contraprestación financiera, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar un producto o brindar un servicio al tenor de las estipulaciones dadas por el franquiciante.

Art. 3.- Las franquicias pueden ser de productos o servicios. En la primera, el franquiciante como titular y propietario de la marca y el know-how, otorga la franquicia para que el franquiciado elabore y venda los productos; y, en la segunda, el franquiciante ofrece al franquiciado una fórmula original de prestación de servicios que asegure el éxito en el mercado.

TÍTULO II

EL CONTRATO DE FRANQUICIA

Art. 4.- Los derechos de propiedad intelectual derivados del contrato de franquicia son cedidos mediante licencia de uso, los cuales deben mantenerse inalterables en su imagen y en la forma en la que han sido registrados.

Art. 5.- Para que un tercero haga uso de la marca o licencia de los derechos de la propiedad intelectual se debe celebrar el contrato respectivo, en el cual se disponga el permiso temporal para su explotación.

Art. 6.- Son elementos esenciales del contrato de franquicia:

- 1) Las partes, denominados franquiciante y franquiciado;
- 2) Causa lícita
- 3) Objeto lícito;
- 4) Transferencia del know-how, marcas, patentes y demás elementos protegidos por la propiedad intelectual;
- 5) Identificación de inscripción legal de la marca y/o patente del país de origen de la franquicia;
- 6) Derechos y obligaciones de las partes;
- 7) Territorio;
- 8) Cláusula de Exclusividad;
- 9) Contraprestación económica;
- 10) Plazo;
- 11) Cláusula de Confidencialidad;
- 12) Jurisdicción y competencia;
- 13) Cláusulas penales y sanciones;
- 14) Solución de controversias.

Art. 7.- Previo al inicio del otorgamiento de franquicias, los franquiciantes deberán registrar sus marcas, patentes y demás elementos protegidos por la propiedad intelectual, en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI a efectos de proteger el objeto del negocio a franquiciar.

Los franquiciadores extranjeros deberán acreditar que sus signos distintivos; marcas y/o patentes en su país de origen se encuentran debidamente registrados en la entidad correspondiente.

Art. 8.- Para la celebración del contrato de franquicia, las partes contratantes, sean personas naturales o jurídicas, deberán estar legalmente habilitados para la suscripción, incluyendo su identificación de Registro Único de Contribuyentes RUC en caso de tratarse de persona jurídica, el cual debe ser otorgado por el Servicio de Rentas Internas SRI.

Además, el franquiciante se reserva el derecho de corroborar que el franquiciado no tenga obligaciones pendientes de pago en las entidades correspondientes, y de verificar que este posee la solvencia económica suficiente para poner en marcha el negocio de franquicia concedido.

Art. 9.- Todo contrato de franquicia deberá contener lo siguiente:

- a) Identificación completa del franquiciador;
- b) Identificación completa del franquiciado;
- c) Objeto del contrato;
- d) Indicación clara y precisa de los roles que ocupan las partes contratantes;
- e) Glosario de términos;
- f) La identificación de los derechos que se conceden en franquicia;
- g) La identificación del territorio en el cual se encontrará funcionando la franquicia;
- h) La determinación de exclusividad;
- i) Plazo del contrato;
- j) Convenio de confidencialidad respecto de los procesos franquiciados;
- k) Información de los procesos para llevar a cabo la franquicia, es decir, el *know-how*;
- l) Se deben adjuntar los manuales operativos, financieros, de marketing;
- m) Los procesos de control franquiciados;
- n) El franchise fee o cuota de entrada para utilización de la franquicia.
- o) Los royalties o regalías, las cuales consisten en pagos periódicos;
- p) Derechos y obligaciones de las partes.
- q) Prohibición de cesión de contrato;
- r) Causales de terminación del contrato;
- s) Cláusula de solución de controversias.

Art. 10.- Como resultado del contrato de franquicia, las partes no tienen relación laboral ni societaria alguna, el franquiciado no adquiere la calidad de empleado, ni socio del franquiciante. El franquiciante, únicamente otorga al franquiciado el derecho a comercializar o fabricar los productos y/o servicios.

Art. 11.- Las partes no podrán ejecutar acciones competitivas dentro de la jurisdicción y plazo señalado en el contrato. El incumplimiento de esta disposición podrá ser notificada por la parte interesada ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, quien será la encargada de imponer las sanciones correspondientes, sin perjuicio que se pueda dar por terminado el contrato de así haberlo pactado.

Art. 12.- El franquiciante una vez perfeccionado el contrato o en caso de haber suscrito una promesa de compraventa de franquicia, se encuentra en la obligación de entregar al franquiciado toda la información por escrito del objeto de la franquicia.

La información adicional a los registros de marcas patentes y demás elementos inscritos, y la documentación habilitante consistirá en entregar manuales, estados financieros, acreditación de experiencia en el mercado, organización de la franquicia, Brochure del negocio, publicidad realizada, comprobantes de cumplimientos de obligaciones ante las entidades correspondientes y demás documentos que considere pertinente solicitar el franquiciado.

Art. 13.- El franquiciado deberá mantener la confidencialidad de la información que reciba relacionada con la franquicia, cuyo incumplimiento dará lugar a la resolución del contrato por parte del franquiciante y el inicio de las acciones legales correspondientes por el perjuicio ocasionado.

Art. 14.- El franquiciante tiene la obligación de realizar las capacitaciones al personal contratado por el franquiciado, sin que esto implique relación laboral alguna y, por ende, de lugar a juicios en la materia.

Art. 15.- El control, seguimiento, monitoreo, y evaluación de desempeño, así como la calidad de los servicios y productos franquiciados serán de cargo de ambas partes contratantes.

El franquiciante se reserva el derecho de realizar el control sobre la franquicia concedida, en cualquier momento sin que sea necesario requerimiento ni trámite previo al franquiciado.

En caso de negarse el franquiciado a las diligencias a realizar por parte del franquiciante como control de la franquicia concedida, dará lugar a la terminación unilateral sin que el franquiciante deba pagar valor alguno ni deba compensar por tal decisión.

Art. 16.- Las partes podrán declarar la terminación unilateral del contrato, únicamente cuando se haya pactado expresamente en el mismo existiendo una causa justificada para determinarlo. Asimismo, la terminación por mutuo acuerdo se podrá efectuar por las causales estipuladas en la cláusula correspondiente.

Para cualquier otra forma de terminación del contrato, se estará a lo dispuesto en la cláusula correspondiente mediante la cual se pactó y al Código Civil como norma supletoria.

Art. 17.- Para la solución de controversias dentro del contrato, las partes procuraran un acuerdo en forma amistosa. De no solucionarse el desacuerdo, las partes podrán acudir a los métodos alternativos de solución de conflictos pactados dentro del contrato, tales como la mediación y arbitraje, las cuales serán ventiladas en uno de los Centros de Mediación y Arbitraje habilitados para el efecto.

En caso de no solucionar las disputas por esta vía, las controversias se seguirán ante los jueces ordinarios donde opera la franquicia.

TÍTULO III

SANCIONES A LAS PARTES CONTRATANTES

Art. 18.- Serán sancionados con multa equivalente al 40% de la suma de rubros pactados en el contrato, los franquiciantes que suscriban un contrato de franquicia sin inscripción de los signos distintivos, marca y/o patente en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI o en la entidad que cumpla tal función en el país de origen en caso de tratarse de una franquicia extranjera.

Art. 19.- En caso de reincidencia de la infracción determinada en el artículo anterior, la sanción será de multa del 70% de los valores señalados.

Art. 20.- Serán sancionados con una multa del 20% de la suma de valores pactados dentro del contrato, las partes que no registren e inscriban el contrato de franquicia dentro de los 30 días posteriores a su suscripción en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI.

Art. 21.- La existencia de cláusula penal serán acordadas dentro del contrato y no podrá exceder del 30% del valor total del contrato de franquicia celebrado.

TÍTULO IV

REGISTRO DE FRANQUICIAS DEL ECUADOR

Art. 22.- Crease el Registro de Franquicias del Ecuador, como entidad adscrita al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, con autonomía administrativa y de gestión.

Art. 23.- La información de control de este registro será de carácter público y de naturaleza administrativa de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Art. 24.- El Registro de Franquicias del Ecuador tendrá las siguientes funciones:

- a) Asesorar a los ciudadanos sobre el contrato de franquicia y sus implicaciones;

- b) Absolver consultas realizadas por las partes interesadas;
- c) Inscripción y registro de los franquiciadores y el posterior control que pueden realizar de oficio;
- d) Actualización constante del Registro de los Franquicias;
- e) Cancelación de franquicias de conformidad con la normativa legal correspondiente;
- f) Emisión de certificados de cumplimiento de obligaciones de franquicias con indicación de su número de registro;
- g) Registrar los contratos de franquicia;
- h) Permitir el acceso de la información por ser de carácter público a las instituciones públicas y personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras;
- i) Toda información relevante de franquicias deberá constar dentro de una herramienta informática que permita a los usuarios su consulta e información;
- j) Registro de los franquiciantes extranjeros, los cuales deberán contar con un apoderado dentro del territorio, y los demás requisitos que se determinen en el reglamento de esta ley.
- k) Las demás atribuciones que consten en la normativa legal relacionada.

TÍTULO V

INCENTIVOS OTORGADOS PARA LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Art. 25.- Con la finalidad de estimular el desarrollo de economía y la atracción de la inversión extranjera, el Estado Ecuatoriano reconoce a las partes interesadas en celebrar un contrato de franquicia el derecho a acogerse a los incentivos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, siempre y cuando sean parte de la actividad productiva definida en el artículo 2 del mismo Código.

DISPOSICIÓN GENERAL

Art. 26.- La Superintendencia de Control de Poder de Mercado tendrá plenas facultades para realizar el control correspondiente de las prácticas desleales dentro del mercado que pudieran afectar a las franquicias.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. -

Los franquiciantes sean estas personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros que se encuentren ejerciendo la actividad de franquicia con anterioridad a la vigencia de esta Ley, tendrán el plazo de seis meses contados a partir de la publicación

de la presente Ley para proceder con la inscripción de las franquicias, siempre que sus elementos intangibles se encuentren previamente inscritos en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual y posean la documentación habilitante vigente.

ANEXO 2

FORMATO DE CONTRATO DE FRANQUICIA

Contrato de Franquicia

Comparecen al presente Contrato de Franquicia, por una parte, la señorita **Jazmin Cedeño Mantilla**, portadora de la cédula de ciudadanía No. 1205719279, quien obra en nombre y representación de **DIPASO S.A.**, que en adelante se denominará El Franquiciante, y por otra parte, la señorita **Sara María Maridueña Orellana**, portadora de la cédula de ciudadanía número 070408041-5, a quien en adelante se denominará El Franquiciado.

Los comparecientes declaran ser capaces, mayores de edad, de estado civil solteras, domiciliadas en la ciudad de Guayaquil, quienes convienen celebrar el presente acto al tenor de las siguientes cláusulas y estipulaciones:

Cláusula Primera: OBJETO. El franquiciante, propietario de la franquicia **PILLINES**, concede el uso de dicha marca y todo lo que esta involucra (nombre comercial, emblema, modelos, diseños y know-how) para ser explotada por el franquiciado.

El punto de venta estará ubicado en el norte de la ciudad de Guayaquil.

Cláusula Segunda: CONCESIÓN DE USO Y PRECIO DE LA FRANQUICIA.

El franquiciante concede la licencia de uso de sus marcas y productos por la suma de Diez Mil Dólares de los Estados Unidos de América (\$ 10.000,00).

Para la utilización de otras franquicias se firmarán nuevos contratos por los precios que llegaren a ser objeto de negociación.

Cláusula Tercera: DETALLE DE PROPIEDAD INTELECTUAL MATERIA DE LA FRANQUICIA.

La franquicia comprenderá lo siguiente:

Marca: Pillines, de productos para bebe, cuyo registro en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual es el 7890 de fecha 15 de junio de 2016.

Lema Comercial: Para bebes delicaditos cuyo registro en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual es el 4567 de fecha 15 de junio de 2016.

Patente de invención: Pañal biodegradable, cuyo registro en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual es el 1234 de fecha 15 de junio de 2016.

Cláusula Cuarta: OBLIGACIONES FINANCIERAS.

FRANCHISE FEE: El franquiciado previamente canceló a la franquiciante, el valor de USD 3.000,00 (Tres Mil Dólares de los Estados Unidos de América) por la licencia de uso de la propiedad intelectual.

REGALÍAS. La utilización de la franquicia no generará cobro de regalías. En el evento de celebración de otro contrato de franquicia, no se cubrirán regalías.

METAS. El franquiciado deberá presentar de manera trimestral a la franquiciante un reporte de las ventas realizadas en el territorio asignado, así como debe entregar copia de sus estados financieros mensuales durante el periodo que corresponda.

El franquiciado se compromete a entregar toda información solicitada por la franquiciante, cuyo incumplimiento acarreará cláusula de terminación del contrato.

Cláusula Quinta: PLAZO.

El plazo del presente contrato es de 5 años a partir de la suscripción contrato, pudiendo renovarse por mutuo acuerdo de las partes, siempre que se manifieste tal voluntad por lo menos con 60 días de anticipación al cumplimiento del plazo.

Para la renovación del contrato, la franquiciante realizará una inspección a las instalaciones en las cuales se comercializa el producto, así como procederá a la revisión de las máquinas mediante las cuales se elabora y a las bodegas que almacenan el producto.

En caso de terminación el franquiciado renuncia a cualquier indemnización por clientela en el territorio pactado.

Cláusula Sexta: Obligaciones del franquiciante.

1. Incorporar nuevos productos y mejorar la calidad de los existentes.
2. Colaborar con el proceso de due dilligence propuesto por el franquiciado, previo a la firma del presente contrato.
3. Permitir el uso por parte del franquiciado de los derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como la marca, el emblema, patente y productos.
4. Colocar a disposición del franquiciado las mercancías o inventarios que componen su surtido, o garantizar la puesta a disposición del mismo franquiciado las mercancías cuando no sean fabricadas por el franquiciante.
5. Determinar las políticas y estrategias de mercadeo en cuanto a posicionamiento, variables del producto (marca, empaque, precio), variables de comunicación (publicidad, promociones), investigación de mercados y fondo de promociones y publicidad.

6. Otorgar formación, adiestramiento y asistencia técnica al franquiciado en los campos técnicos, comercial, financiero, contable, tributaria y de gestión en la iniciación de la franquicia, y durante la explotación de las unidades de venta por el franquiciado.
7. Entregar los manuales de franquicia al franquiciado entre los cuales se encuentran: Manual de Administración, Manual de Atención al Cliente, Manual de Imagen Corporativa, Manual de Mercadeo y demás procedimientos y demás.

Cláusula Séptima: OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO.

1. Es la obligación del franquiciado actuar con la máxima diligencia para optimizar el volumen del negocio. Sin perjuicio de ello se considerará como obligación de este contrato un volumen de venta mínimo de veinte mil dólares mensuales como mínimo durante los tres primeros meses.
2. El franquiciado se obliga a someter al franquiciante la publicidad que efectúe de su punto de venta.
3. Es obligación presentar una póliza que asegure el local, el producto a comercializarse y las máquinas y materiales para su elaboración
4. El franquiciado se obliga a realizar un estudio de mercado previo a la fijación del precio de venta al público de los productos, con la finalidad de evitar perjuicios a la reputación e identidad de la franquicia, procurando que no sean superiores a los establecidos para el consumidor.
5. Comercializar los productos con las especificaciones impuestas por el franquiciante.
6. Comercializar los artículos producidos o designados por el franquiciante.
7. No explotar directa o indirectamente la franquicia por medio de establecimientos similares al de la franquicia.
8. Utilizar durante la vigencia del contrato el Know-How y Licencia de Marca concedida por el franquiciante solo para la explotación de las franquicias.
9. No revelar el contenido del Know-How suministrado por el franquiciante.
10. Contribuir mediante el cumplimiento de las directrices pactadas por el franquiciante, a la buena reputación y éxito de la cadena.
11. Asistir a cursos de preparación o actualización suministrados por el franquiciante.
12. Desplegar las actividades administrativas y operativas necesarias para el desarrollo y la explotación adecuada de cada una de las franquicias.

13. Informar al franquiciante, sobre las mejoras en los procedimientos técnicos y comerciales empleados en la explotación de la franquicia.
14. Disponer de un inventario suficiente, en calidad y variedad para satisfacer las necesidades de los clientes.
15. Utilizar los signos distintivos del franquiciante, mantener una política publicitaria y promocionar adecuadamente y de acuerdo con las necesidades de la franquicia.
16. Respetar las normas de explotación y gestión pactadas, llevando adecuadamente la contabilidad y aceptando los controles del franquiciante establecidos en el contrato.
17. Registrar cada uno de los establecimientos o puntos de venta en la Cámara de Comercio con la razón social.
18. El franquiciado está obligado a decorar el local previsto, ateniéndose estrictamente a las directrices indicadas por el franquiciante.
19. El uso de la marca correrá por cuenta y riesgo del franquiciado, quien responderá por las infracciones civiles, policiales y administrativas en general e incluso con las multas derivadas de los mismos durante el término del presente contrato y hasta que cese el uso de la marca. El pago de impuestos, tasas, gravámenes, creados o a punto de crearse, derivados de uso de la marca en el local respectivo correrán a cargo del franquiciado.

El franquiciado reconoce los derechos de propiedad industrial e intelectual dentro del presente contrato frente al franquiciante.

El franquiciado se obligará a atender las disposiciones contenidas en la normativa legal vigente, entre las cuales se encuentra la Ley de Propiedad Intelectual, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, así como demás vinculantes.

Cláusula Octava: CESIÓN DE DERECHOS.

El franquiciado no podrá ceder el contrato, sino con autorización escrita del franquiciante.

Cláusula Novena: CAUSALES DE TERMINACIÓN.

El franquiciante podrá en cualquier tiempo dar por terminado el contrato de manera unilateral, informando con una antelación igual a la allí pactada, en cualquiera de los siguientes eventos:

- a) Insolvencia del franquiciado;
- b) Falta de entrega de información al franquiciante;
- c) Falta de inscripción de licencia de uso de marca.
- d) Ineficiencia en la prestación de servicios de posventa, y
- e) Violación a cualquiera de las cláusulas del presente contrato.

Son cláusulas de terminación por parte del franquiciado, las siguientes:

- a) Caducidad de la marca concedida.
- b) Cancelación de la marca.

En caso de operar cualquiera de las causales de terminación por parte del franquiciado, el franquiciante deberá entregar el 40% del valor del contrato como indemnización por daños, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar.

Cláusula Novena: Cláusula de confidencialidad.

Cada una de las partes, que intervienen en el presente contrato, en los que se encuentran incluidos sus representantes legales, ejecutivos y empleados, están obligadas a mantener en absoluta confidencialidad y reserva toda la información que manejen o manejen y/o a la que hayan tenido acceso durante la ejecución y vigencia del presente instrumento, así como toda información derivada de los acuerdos y convenios verbales a los que las partes han llegado para su formalización; información que puede ser de carácter técnico, económico, banco de datos de clientes y/o servicios, cartera de clientes, procedimientos, mercadeo (Know-How), o cualesquier otro secreto comercial. La violación de esta obligación, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal en que pudiere incurrir, será causal de terminación anticipada del presente contrato y reclamación de los daños y perjuicios.

Sin embargo, y por excepción, las partes podrán transmitir tal información cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Se obtenga en forma previa y por escrito el consentimiento de la parte propietaria de la información
- b) Dicha información ya fuese de conocimiento público y/o
- c) Dicha divulgación fuese exigida por la ley.

Cláusula Décima: Exclusividad.

El Franquiciante se obliga a entregar el Know-How en forma exclusiva al Franquiciado dentro del norte de la ciudad, por el tiempo de duración del presente contrato.

Lo anterior implica que el Titular no podrá otorgar el referido Know-How a terceros dentro del Territorio.

Asimismo, el Franquiciado se obliga a no celebrar contratos por los que se transfiera tecnología o conocimientos con terceros ni a subfranquiciar, durante la vigencia del presente contrato.

Cláusula Undécima: Solución de Controversias.

Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las Partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a mediación y arbitraje y se conviene en lo siguiente:

Las partes se someten al Arbitraje de conformidad con las siguientes reglas:

- 1) El arbitraje será en Derecho.
- 2) Las partes se someten al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.
- 3) Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.
- 4) El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.
- 5) Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

- 6) Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria.
- 7) La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación.
- 8) La sede del arbitraje es el cantón Guayaquil.
- 9) El idioma del arbitraje será el español.
- 10) El término para expedir el laudo arbitral será de máximo 180 días, contados desde el momento de la posesión del (los) árbitro(s).

Cláusula Duodécima: DOCUMENTOS HABILITANTES.

- 12.1. Copia de cédula y certificado de votación de los comparecientes.
- 12.2. Nombramiento del representante legal del franquiciante debidamente inscrito en el Registro Mercantil.
- 12.3 Registro Único de Contribuyentes del franquiciante.
- 12.4. Dossier de la franquicia.
- 12.5. Licencias concedidas.

En constancia de lo anterior, se firma en la ciudad de Guayaquil a los 20 días del mes de marzo del año 2017.

Por DIPASO S.A
JAZMIN CEDEÑO
C. C.: 1205719279
Franquiciante

SARA MARIDUEÑA ORELLANA
C. C.: 070408041-5
Franquiciado

FREDDY COBEÑA
Testigo franquiciado

ANEXO 3
JURISPRUDENCIA

CASO ASOCIACIÓN DE FRANQUICIADOS DE CANTINA MARIACHI



Letrado : RUIZ DE VILLA JORDI Fax: 0932642961
AVDA. DIAGONAL 682, 3ª. 08034-BARCELONA
Cliente : GRUPO RESTMON, S.L.
Contra : ASOCIACION DE FRANQUICIADOS DE
Autos : 34/03 JUICIO ORDINARIO
Ante : PRIMERA INST. 2 PRAT LLOBREGAT NI Ref. 52458
Sr Ref. : NO CONSTA

Juzgado Primera Instancia 2 El Prat de Llobregat
Narcís Monturiol, 39
Prat de Llobregat, el Barcelona

Procedimiento Procedimiento ordinario 34/2003 Sección 1

Parte demandante ASOCIACIÓN DE FRANQUICIADOS DE CANTINA MARIACHI
Procurador ANTONIO M^o DE ANZIZU FUREST
Parte demandada GRUPO RESTMON, S.L.
Procurador ANGEL MONTERO BRUSELL

SENTENCIA

En El Prat de Llobregat, a día nueve de Julio de dos mil cuatro.

En nombre de S.M. el Rey, el Ilmo. Sr. D. Vicente Moliner Cabrera, Juez sustituto del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de esta ciudad, ha visto y examinado los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el nº 34/03, a instancia de Asociación de Franquiciados de Cantina Mariachi, representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio María Anzizu Furest y defendida por D. Salvador Jiménez Mariscal, contra Grupo Restmon, representada por el Procurador de los Tribunales D. Angel Montero Brusell y defendida por D. Jordi Ruiz de Villa, sobre declaración de incumplimiento de obligaciones y competencia desleal, y dicta la presente resolución sobre la base de los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que por la parte actora se presentó demanda, que en turno de reparto correspondió a este Juzgado, contra el mencionado demandado, sobre declaración de incumplimiento de obligaciones y competencia desleal en relación con la franquicia CANTINA MARIACHI, en la que, en párrafos separados exponía los hechos en que basaba su petición, hacía alagación de los fundamentos de derecho que estimaba aplicables, y terminaba con la súplica de que, previos los trámites legales se dicte sentencia dando lugar a los pedimentos obrados.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a la parte demandada, que compareció en los presentes autos contestando en oposición a la demanda interpuesta de contrario convocándose a las partes a la celebración de la correspondiente audiencia previa, en la que las partes efectuaron alegaciones e interpusieron el recibimiento a prueba del pleito instando los medios de prueba que tuvieron por convenientes, señalándose día para la celebración del correspondiente acto de juicio. Celebrado el día del juicio, en el mismo se practicaron las pruebas admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos y a continuación, las partes efectuaron sus respectivos informes ratificándose en sus respectivas posturas iniciales en cuanto al objeto del presente pleito.



es copia

quedando a continuación los autos conclusos para dictar la presente. El acto de juicio tuvo que ser dividido en dos sesiones por causa de la extensión del mismo.

TERCERO.- Que en la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales a excepción del plazo para dictar la presente resolución a causa por un lado de la duración extensa del juicio expresada y de la documental obrante y, por otro, por los asuntos penales en tramitación en este Juzgado y en especial el relativo a los hechos ocurridos el día 24 de Mayo de 2004 en este Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora insta, por medio del suplico de su escrito de demanda, en primer lugar, que se declare el incumplimiento de la parte demandada de los contratos de franquicia relativos a CANTINA MARIACHI. Para ello, la parte actora se justifica, por un lado, en el argumento que la entidad demandada ha facilitado el know how propio de la franquicia CANTINA MARIACHI a otras franquicias que la entidad demandada ostenta en el sector de la restauración; y, por otro lado, en el incumplimiento del pacto relativo a la exclusividad territorial en relación con esas otras franquicias mencionadas.

Considerando la primera de las cuestiones y en aplicación del principio del onus probandi establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe indicarse que, de la propia declaración de las partes, así como de los testigos que son franquiciados de CANTINA MARIACHI, resulta que la entidad demandada, en el desarrollo de su actividad empresarial ostenta la titularidad de las franquicias CANTINA MARIACHI, SKYROS, SUMO, PASTA CITY y ROCK&RIBS; todas relativas a restaurantes si bien con la particularidad -no controvertida- de su especialidad. Así, CANTINA MARIACHI se dedica a la cocina mejicana, SKYROS se dedica a la cocina griega, SUMO a la cocina japonesa, PASTA CITY a la cocina italiana y ROCK&RIBS a la cocina tex-mex. Esta situación determina que cada franquicia genere su propio know how y que deba precisarse, a los efectos de la presente litis, quien tiene el ius disponendi sobre ese know how, si el franquiciador o el franquiciado. Tanto del interrogatorio de las partes y de los testigos que son franquiciados, como del examen de los contratos de franquicia aportados a las actuaciones, se desprende que es el franquiciador quien ostenta ese poder de disposición y que transmite ese know how cuando, mediante contrato, concede una franquicia para su explotación. Todo ello determina que el know how de cada una de las franquicias citadas venga determinado por su especialidad sin perjuicio de ámbitos comunes entre ellas al ir referidas al sector de la restauración en general y, en particular, a un tipo de restaurante de preparación rápida de comidas y precios asequibles -como así lo han definido las partes-, dicha especialidad como criterio diferenciador, que tanto los testigos franquiciados como la actora asumen en sus propias manifestaciones, no plantea problemas entre la franquicia CANTINA MARIACHI y las franquicias SKYROS, SUMO y PASTA CITY, pero sí con la franquicia ROCK&RIBS debido a la similitud entre la cocina tipo mejicana y la tipo tex-mex.

Sobre este extremo, la actora ha aducido el ejemplo del producto elaborado por el testigo Sr. Ángel Bosch que manifiesta por un lado, ser el mismo en CANTINA MARIACHI y en ROCK&RIBS, y por otro lado, ser un producto que surge de una colaboración entre el Sr. A. Bosch y el Sr. Caravalls -franquiciado de CANTINA MARIACHI- que ha intervenido también como testigo. En cuanto al primero de los planteamientos debe indicarse que el producto en cuestión -pollo- es un producto alimentario de carácter genérico y que tal y como consta en los documentos 10, 12 y 17 adjuntados al escrito de contestación a la demanda (menú de platos de ambas franquicias) la especialidad en una u otra franquicia está en su elaboración, condimentación y su presentación; por tanto, como en cualquier otro genérico alimentario es esa especialidad el elemento diferenciador del



3/7
producto final y esa diferenciación no es más que el resultado de la aplicación del know how propio de cada franquicia. Respecto al segundo de los planteamientos debe indicarse que con independencia del origen lo cierto es que el producto en cuestión fue asumido por la demandada para sus franquicias sin que ello desvirtúe el razonamiento anterior en cuanto a su incorporación al know how de las mismas con la especialidad concreta de cada una, pues no hay que olvidar que es un genérico alimentario y que el know how pertenece a la entidad franquiciadora, es decir, la demandada.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, relativa a la exclusividad territorial de los franquiciados de CANTINA MARIACHI en relación a las otras franquicias de la parte demandada, por un lado, sólo el contrato de franquicia suscrito el día 28 de Octubre de 1994 con el Sr. José Andrés Negrete Ojanguren (documento n.º 17 de los adjuntados con la demanda) recoge ese pacto para la ciudad de Bilbao; pacto contractual que sólo vincula a las partes del mismo y, por consiguiente, sólo ese franquiciado puede instar su cumplimiento, no constando que sea parte en el presente pleito de forma directa y principal. Sin perjuicio de ello, establecido que las otras franquicias que ostenta la parte demandada tienen elementos de especialidad que configuran su elemento diferenciador entre sí, no existe causa que justifique esa exclusividad territorial pretendida por la actora, y sostener lo contrario sí alteraría el principio de libre concurrencia.

SEGUNDO.- La parte actora insta la declaración de competencia desleal como consecuencia del incumplimiento contractual imputado a la demandada y a) que se ha hecho referencia en el apartado anterior. De conformidad con el artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal, se considera desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, estableciendo un criterio de obrar para la valoración de las conductas. Si tenemos en cuenta el argumento expuesto en el punto anterior ni ha existido incumplimiento contractual por la parte demandada, ni el comportamiento en el mercado de dicha demandada puede ser considerado contrario a la buena fe, ni dicho comportamiento denunciado por la actora resulta tipificado en los artículos 6 y siguientes del mismo Texto legal, en los que se fijan actos concretos de competencia desleal. No debe olvidarse que la buena fe se presume iuris tantum y, en consecuencia, es la parte actora quien ostenta la obligación de acreditar la contravención de dicho principio y con qué actos se ha llevado a cabo la misma; y es en el cumplimiento de esa carga probatoria donde resulta que la demandada ostenta las franquicias antes expresadas en el sector de la restauración y que las explota. Esa explotación, que no es más que el propio desarrollo del objeto social de la entidad demandada y que es el propio origen o la razón de existir de la entidad actora, es la que genera los contratos de franquicia cuyo desarrollo comporta la absorción por el franquiciado de cuotas de mercado que afectan a sectores diferentes de la restauración según el objeto de la franquicia y que es la propia diligencia del franquiciado la que va a determinar el mejor o peor desarrollo de ese contrato. Es por ello que, si el desarrollo del contrato de franquicia (que por aplicación del art. 1258 C.Civil está sujeto a la buena fe) radunda en beneficio de las dos partes contractuales, dado su carácter bilateral, no se desprende causa alguna para considerar contraria a la buena fe y a la normal competencia en el mercado, la explotación de las diversas franquicias que con objetos distintos en el seno del mercado de la restauración, ostenta la entidad demandada.

TERCERO.- La parte actora interesa la declaración de incumplimiento de la demandada en relación con la obligación de suministrar el know how inicial adecuado en materia de seguridad alimentaria y su actualización, y para ello ha aportado sendos informes periciales -documentos 61 y 62 de la demanda- que han sido ratificados en el acto del juicio. Partiendo de lo establecido en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la valoración de los informes periciales, ambos informes, relativos uno a cuatro locales de la provincia de Madrid y el otro a dos locales de la provincia de Barcelona, son informes de parte y, por tanto, deben ser considerados desde esa perspectiva. Los dos peritos, Sr. Ponce y Sra.



es copia

Pajares, coinciden en señalar la existencia de deficiencias higiénico-sanitarias-alimentarias tanto en los locales como en relación con los manuales APPC; deficiencias que se califican de importantes. No obstante esa circunstancia, los testigos que son franquiciados y que han intervenido en el acto del juicio, han revelado, bajo juramento, que nunca han tenido incidencia alguna en materia de seguridad alimentaria, que gozan de los correspondientes permisos o licencias administrativas y que ninguno ha sido objeto de inspección administrativa sobre esta materia. Tales circunstancias son especialmente relevantes en este punto, en la medida que la apertura de un local de restauración comporta un control previo por parte de la Administración pública competente sobre la materia aquí cuestionada y sin su aprobación queda vetada la explotación del establecimiento. En el presente caso, es un hecho no controvertido que los franquiciados en general y particularmente los miembros de la actora, han obtenido las licencias administrativas para la apertura de sus locales al público y que esa obtención se ha producido sobre la base del proyecto y directrices que para todos los locales de la franquicia CANTINA MARIACHI ha fijado el franquiciador, formando parte del contrato de franquicia; y esa circunstancia es un hecho asumido por la parte actora que entra en contradicción con la realidad reflejada en los informes periciales indicados. Contradicción que, teniendo en cuenta el criterio de valoración indicado, debe ser resuelta a favor de la realidad objetivamente contrastada y asumida por la parte que insta la declaración de incumplimiento contractual, la cual y por otro lado no consta que haya efectuado denuncia administrativa sobre esta materia pese a la relevancia que ha manifestado dar a ese incumplimiento obligacional expresado.

CUARTO.- La parte actora insta la declaración de incumplimiento contractual por la demandada y la aplicación del artículo 16.2 del a Ley de Competencia Desleal en relación con la imposición de una plataforma única de distribución a los franquiciados de CANTINA MARIACHI. Dicho precepto califica de desleal la explotación por una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad; circunstancia que se presume cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente y de forma regular otras ventajas adicionales que no se concedan a compradores similares.

Para resolver esta cuestión debe partirse de lo que debe entenderse como contrato de franquicia en los términos contenidos en el Rgto. CEE 4087/1988 (incorporado al Rgto. CE 2790/1999) y en el R.D. 2485/88; la franquicia es un contrato de colaboración entre partes jurídica y económicamente independientes que comporta ventajas para todos los implicados. Para el franquiciador en cuanto representa un método para lograr una rápida introducción en el mercado mediante inversiones limitadas y creación de una red de distribución uniforme. Para el franquiciado en cuanto puede establecer negocios más rápidamente y, en principio, con más posibilidades de éxito debido al soporte y ayuda del franquiciador, con apertura de la posibilidad de competir de forma más eficaz. Para los consumidores y usuarios, en tanto combinan las ventajas de una red de distribución uniforme y de calidad. A los efectos del citado Rgto. CEE se entiende por actividad comercial en régimen de franquicia "aquella que se realiza en virtud de un contrato por el cual una empresa -el franquiciador- cede a otra -el franquiciado- a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y representación uniforme de los locales o de los medios de transporte objeto del contrato; la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un saber hacer; y la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo".

Sentado lo anterior y en relación con la implantación de una plataforma logística única de distribución a los franquiciados, dicha



es copia

5/7

obligación no atenta a la propia libertad contractual en cuanto responde a la necesidad de preservar la identidad común y uniformidad de la red de franquicias CANTINA MARIACHI, y en este sentido se pronuncia la Sentencia de la A. Provincial de Barcelona de 23-Diciembre-2003. Por otro lado, dicha implantación de la plataforma logística única no puede ser abstraída en el supuesto de hecho del citado artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal en la medida que la misma concepción del contrato de franquicia ya expuesta impone una uniformidad en la distribución o prestación del servicio al amparo del principio de libertad contractual, sin que en el marco de la franquicia CANTINA MARIACHI existan desigualdades entre franquiciados por dicha implantación que sí podrían dar lugar a una situación de prevalencia a los efectos del precepto citado.

QUINTO.- Se insta igualmente por la parte actora la declaración de incumplimiento de la obligación de administración del fondo de publicidad así como de la obligación de hacer publicidad de la marca y de información sobre tales extremos a los franquiciados. Como ya ha sido expresado, los datos que definen la naturaleza jurídica del contrato de franquicia, y su diferencia con los contratos de suministro o distribución son: que el franquiciador debe transmitir su know how o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales; y que el franquiciador queda obligado a dirigir, diseñar y sufragar las campañas publicitarias realizadas para difundir el rótulo y la marca. (STJCE 28-Enero-1986; SS 27-Septiembre-1986, 4-Marzo-1997; SAP Barcelona 23-Diciembre-2003)

Sobre la presente cuestión la parte actora y en aras al principio de la carga probatoria, instó dictamen pericial al efecto designándose para ello judicialmente al Sr. Antonio Torrente, el cual emitió el informe que quedó unido a las actuaciones y que ratificó en el acto del juicio, siendo valorado en la presente resolución bajo el criterio expresado en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Visto el contenido del indicado informe así como de las manifestaciones efectuadas por el perito Sr. Torrente en relación con la entidad demandada, y el contenido de las aclaraciones y precisiones realizadas por el perito en el acto del juicio a instancia de las partes, debe resaltarse que si bien conforme al artículo 335 de la Ley Procesal Civil el perito actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, dicha obligación en el presente supuesto debe ser, cuanto menos, cuestionada en su cumplimiento. En este sentido y así se ha constatado en su intervención en el acto del juicio, ha dado un tratamiento expresamente diferenciado respecto de la información contable requerida de los franquiciados en relación con la requerida a la entidad demandada llegando el perito a denunciar la falta de colaboración de dicha demandada en la aportación de la información contable relativa al fondo de publicidad y su aplicación, cuando en realidad se ha puesto de manifiesto que ambas partes han suministrado dicha información requerida en cualquier soporte o forma. Por otro lado y en el acto del juicio se ha puesto de manifiesto que los datos contemplados en el informe en relación con el ejercicio del año 2000 no han sido contrastados o comprobados con los documentos que ostentan las partes y que, en relación con diversas facturas de ese ejercicio contable de la demandada, no han sido consideradas pese a contemplar partidas relativas a la publicidad de CANTINA MARIACHI sin justificar, de forma objetiva, el motivo de esa forma de proceder -p.e. facturas 658/00, 715/00 y 758/00-.

Por todo ello y en base al mentado principio de la sana crítica, el informe emitido por el perito Sr. Antonio Torrente no puede ser considerado a los efectos probatorios instados por la actora y, en consecuencia, no resulta acreditado el incumplimiento alegado sobre la obligación de administración del fondo de publicidad, de publicidad de la marca CANTINA MARIACHI y de información; máxime cuando resulta la existencia de elementos documentales acreditativos que la actora efectúa inversiones de publicidad (es el caso de las facturas citadas). Por otro lado y del contenido de los contratos de franquicia aportados no resulta la obligación de información relativa al fondo de publicidad con carácter genérico, lo cual tiene



ÉS CÒP

relevancia a los efectos del tipo de acción ejercitada por la entidad actora en defensa de derechos colectivos, por lo que no puede instarse la declaración de incumplimiento de una obligación que no existe. Debe añadirse, por último, que de las manifestaciones efectuadas por las partes y por los testigos franquiciados se desprende que los miembros de la entidad actora no están abonando a la demandada el canon de publicidad que por los respectivos contratos de franquicia vienen obligados a satisfacer, sino que, según refieren, dichos importes son depositados extrajudicialmente conformando una situación de hecho que cuestionaría la aplicación del artículo 1124 del Código Civil y, en todo caso, daría lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios.

SEXTO.- La no estimación de las anteriores pretensiones del actor comporta per se la desestimación de la totalidad de los pedimentos contemplados en el número 2 del suplico del escrito de demanda al ser consecuencia de las pretensiones iniciales aquí no estimadas.

SEPTIMO.- Por último, la parte demandada ha hecho alegación de falta de legitimación activa de la entidad demandante, si bien lo realiza de forma poco clara en su escrito de contestación a la demanda. Sobre dicha materia debe indicarse que la propia demandada ha reconocido en el acto del juicio no sólo la existencia de diversos contactos entre ambas entidades en relación con el desarrollo de la franquicia CANTINA MARIACHI sino que se han mantenido negociaciones entre ambas entidades para fijar un marco de relaciones entre franquiciador y franquiciados. Por consiguiente, la demandada no puede obviar esa circunstancia al plantear esa excepción y si en su momento consideró a la actora como posible parte contractual, debe considerar igualmente a la misma como parte en defensa de los intereses colectivos de los asociados.

OCTAVO.- En virtud del principio objetivo del vencimiento establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dado el sentido desestimatorio de la presente resolución, las costas procesales causadas en esta instancia, habrán de ser satisfechas por la parte actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando la demanda interpuesta por Asociación de Franquiciados Cantina Mariachi, contra la compañía Grupo Restmon, debo absolver y absuelvo a dicha entidad demandada de los pedimentos contra la misma obrados en el presente procedimiento con expresa imposición de las costas devengadas en esta instancia a la parte actora.

La presente resolución, no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días desde su notificación en legal forma.

Así, por esta mi sentencia, juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo,

IL·TRE·COL·LEGI DE PROCURADORS
DELS TRIBUNALS DE BARCELONA
DELEGACIÓ TERRITORIAL D'EL PRAT

15 JUL. 2004

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Juez que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el juzgado, el día de su fecha. Doy fe.

CASO INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE FRANQUICIA

12/09 2006 MAR 16:01 (N.º 13/02) 2006



Juzgado Primera Instancia 7 Barcelona
Via Laletana, 8-10, 5a. planta

1/15

Procedimiento ordinario 518/2005 Sección 3ª

Parte demandante
Procurador
Parte demandada

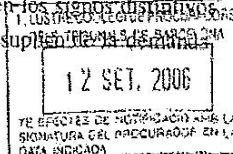
SENTENCIA

En Barcelona, a veintiocho de julio del dos mil seis.

Vistos por [redacted], Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número Siete de Barcelona los presentes autos de juicio ordinario número 518/2005-3ª seguidos a instancia de la entidad [redacted] representada por el Procurador Sr. [redacted] y asistido del letrado Sr. [redacted] contra [redacted] y contra la entidad [redacted], como demandadas, representadas ambos por el Procurador [redacted] y asistidos del letrado Sr. [redacted]

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el mencionado Procurador obrando en la representación ya dicha se interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra las demandadas, con base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por convenientes y obran en autos. En suma, solicitaba la resolución del contrato de franquicia concertado entre las partes, celebrado el día 30 de abril de 2.002 por incumplimiento de las demandadas, y a que de igual modo, fueran condenadas a abonar distintas cantidades, unas por las cantidades devengadas y exigibles al tiempo de interposición de la demanda por el importe de la compra en firme realizada por la demandadas para la temporada de verano de 2.005 que asciende a 90.225,32 euros, y los correspondientes a la compra en firme cursada por las demandadas para la temporada de invierno de 2005, que asciende a 79.985,6 euros. Además solicitaba el abono de 272.171,05 euros, en concepto de daños y perjuicios, y a otra serie de pronunciamientos anexos, derivado de la solicitud del cese del uso de todas las marcas, rótulos logotipos y nombres comerciales y demás signos distintivos titularidad de la actora, y a la restitución de todos los soportes físicos a los que se incorporen los signos distintivos titular del franquiciador, y al resto de consecuencias recogidas en el suplemento de demanda.



12 SET. 2006 16:53

91/2 P. 8092eN



Dado traslado a la demandada, compareció en autos, bajo la defensa y representación ya dichas, oponiéndose a la estimación de la demanda. Ante la alegación de la nulidad del contrato celebrado, se dió traslado a la actora, que presentó escrito interesando la desestimación de dicha petición de nulidad.

SEGUNDO.- En el acto de la audiencia previa prevista en la ley, la parte actora manifestó que variaba parcialmente las cantidades reclamadas en el escrito de demanda, de tal forma que la cifra solicitada total era la de 475.437,87 euros. Desglosó esta cantidad de tal forma que reclamaba por los royalties (17.768,04 en lugar de los 18.006,72 euros, que se indicaban en el escrito de demanda), y la cantidad de 211.570,04 euros en lugar de los 214.164,33 euros por los daños y perjuicios causados. A continuación, las partes propusieron las pruebas de que intentaron valerse, admitiéndose la que se estimó pertinente. El día de la celebración del juicio se practicó la prueba que se consideró pertinente con el resultado que obra en autos. De la prueba practicada pueden declararse como hechos probados:

Primero, entre la entidad actora, y celebraron un contrato de franquicia con fecha en virtud del cual la demandada se integraba en la red del sistema para la explotación comercial en régimen de franquicia de la ropa fabricada por la primera, es decir, para su posterior venta minorista de las citadas prendas y complementos infantiles en su local sito en la calle. Así consta en el documento numero 1 de la demanda. Se fijó una duración en el contrato de siete años según consta en la estipulación 3.

Segundo, la demandada, concertó un contrato de arrendamiento sobre el local sito en la calle y que se ha aportado a la demanda como documento numero 3. De igual modo, en la cláusula aneja a dicho contrato se acordaba la cesión en favor de la entidad. Esta entidad fue creada por la demandada el día 15 de mayo de 2002, como consta en el documento numero 4 de la demanda. Desde la fecha de su constitución, esta entidad era la que giraba la totalidad de las facturas y la que asumía el pago de los royalties y demás pedidos de la actora.

Tercero, en el fundamento segundo de esta resolución se realiza una descripción de los hechos más relevantes expuestos por las partes, a los que se remite el presente.

TERCERO.- En la tramitación de los presentes autos se han observado esencialmente todos los requisitos procesales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Asentado en la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, Sala de lo Civil, el día 16 de marzo de 2006.



PRIMERO.- Contrato de franquicia. Por el contrato de franquicia una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia, entendiendo por ésta, un conjunto de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, know how o patentes, que deberán explotarse para la reventa de productos o la prestación de servicios a los usuarios finales. La finalidad primordial que persigue dicha figura es, pues, la comercialización de determinados tipos de productos o servicios, para lo cual, el franquiciador ha de ceder al franquiciado el uso de una denominación o rótulo común, ha de comunicarle un determinado "know how", ha de formar al franquiciado y a su personal, ha de prestarle de manera continua asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo y ha de existir una presentación uniforme de los locales y de los medios de transporte. Así define el contrato el que nos encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de junio de 2004, Sección 15ª. En similares términos define el contrato, el artículo 2 del Real Decreto 2485/1998 de 13 de noviembre que desarrolla la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996 de 15 de enero).

SEGUNDO.- Incumplimiento del contrato.- La parte actora fija el incumplimiento del contrato en los siguientes puntos. En primer lugar, incumplimiento en materia de aprovisionamiento de prendas. Impagos de pedidos. En la estipulación 7ª del contrato el franquiciado asumió la obligación de adquirir los pedidos correspondientes a cada una de las temporadas. Con tal fin el franquiciador celebraba dos convenciones anuales, donde presentaba las colecciones. Para la temporada de invierno la convención se llevaba a cabo en el otoño anterior y para la temporada de verano, en la primavera anterior. El pedido se formulaba dentro de los diez días siguientes a cada temporada. Por ello, para la temporada primavera-verano de 2005, se celebró una en mayo de 2004, el franquiciado formuló el día 16 de mayo 2004, su pedido por importe de 90.572,06 euros, y para la temporada de otoño-invierno de 2005, se celebró una convención den diciembre de 2004, formulando el día 11 de diciembre de 2004, su pedido por un importe de 79.000 euros.

El pago de estos pedidos se realizaba mediante entrega de un efecto aceptado y avalado por entidad bancaria, que para el primero de los supuestos debía entregarse antes del 1 de enero de 2005, y para el segundo, antes del día 1 de julio de 2005.

De igual modo, la franquiciadora asumió la obligación de recomprar la mercancía excedente del franquiciado por un 50% del precio final facturado, siempre que dicha mercancía fuera entregada antes del día 15 de septiembre de cada año, para la temporada de verano, y del 15 de marzo para la temporada de invierno, es decir, una vez finalizada cada temporada.

El día 16 de mayo de 2004, la actora remitió una carta a la franquiciada en la que le



realizaba una serie de condiciones más ventajosas a las que se establecían en el contrato. En concreto, la devolución del excedente de la temporada de verano, se realizaría al 100 % en lugar del 50 % que se establecía en el contrato. De igual modo, la devolución del excedente de la temporada de verano de 2005 se descontaría por compensación del importe del pedido de la temporada de invierno de 2005; y por último, el importe del pedido de la temporada de verano de 2005, se vería reducido con el coste de la devolución del excedente de la temporada de invierno de 2004. Así consta en el documento numero 5 de la demanda. La confirmación del pedido se realizó a través de la carta aportada al procedimiento como documento numero 6 de la demanda. Otra carta similar se remitió por la actora a la demandada, con fecha 11 de diciembre de 2004, para la temporada siguiente, como consta en el documento numero 7 de la demanda.

La entrega de los pedidos debía realizarse por parte del franquiciador antes del 30 de septiembre de cada año para la temporada de otoño invierno, y para el día 31 de marzo para la temporada de verano, según consta en el estipulación 7.2 del contrato de franquicia.

En resumen, el pedido de la temporada de verano de 2005 (realizado en el mes de mayo de 2004), tendría que estar abonado el día 1 de enero de 2005, con un efecto que vencía el día 1 de junio de 2005. La entrega de la mercancía de esta temporada debía entregarse en el mes de marzo de 2005. De igual modo, el pedido de la temporada de otoño-invierno de 2005, debía abonarse el día 1 de julio de 2005, y su vencimiento se produciría en el mes de noviembre de 2005.

En el mes de febrero de 2005, la demandada remitió carta a la actora en el que le comunicaba sus dificultades de financiación. Ante esta carta, la actora contestó ofreciendo una financiación a los problemas expresados, y que se ha aportado al procedimiento como documento numero 8 de la demanda. La falta de acuerdo sobre esa financiación, llevó a las partes a negociar la compra del negocio por parte de la actora. Así ha sido reconocido por las partes en el acto del juicio y se desprende del documento numero 9 de la demanda. Por un problema surgido durante la negociación, debido a que por la demandada se reclamaba la compensación de una obras de reforma que había hecho en el local, se rompieron las negociaciones. Por ello, la demandada remitió fax el día 2 de marzo de 2005, en el que se ponía de manifiesto que se daban por rotas las negociaciones para la adquisición del local, y que también se daban por finiquitadas las relaciones comerciales entre ambas. Por ello, se anunciaba que antes del día 15 de marzo de 2005, se devolvería la mercancía sobrante de la temporada de invierno de 2004, y que quedaría pendiente tanto el abono de esta cantidad como "el abono de los importes que se me adeudan por diferencia de porcentajes de venta, lo que ruego realicen a la mayor brevedad posible a fin de no acrecentar los daños y perjuicios que se han irrogado hasta la fecha". Así consta en el documento numero 10 de la demanda.

Administración
Fila de Calles - Edificio Vespertino - Calle de la Justicia



La actora contestó a esta carta advirtiendo de los incumplimientos en los que a su juicio incurría la demandada, como consta en el documento número 11 de la demanda. El día 7 de abril de 2005, la demandada volvió a remitir una nueva carta comunicando la resolución contractual como consecuencia del reiterado incumplimiento contractual, que lo centraba en la falta de cumplimiento de las estipulaciones 14.14, 14.15 y 12 del contrato. Así consta en el documento número 12 de la demanda. En respuesta a esta carta, la actora se opuso a la resolución contractual, como consta en el documento número 13 de la demanda.

El pedido de la temporada de verano de 2005, no fue remitido, sino que como se iniciaron las conversaciones sobre la venta del negocio y no se había efectuado el pago del mismo, permaneció en los almacenes de la actora, como se desprende del contenido de la carta aportada al procedimiento como documento número 11 de la demanda.

De una análisis de estos hechos, se desprende que las demandadas en el mes de marzo de 2005, ponen fin al contrato, instando su resolución. Ponen fin al contrato celebrado puesto que como se verá a continuación, eliminan los elementos configuradores de la marca de la actora del establecimiento, y comienza a vender ropa de niño de otras marcas. Por tanto, o bien debe entenderse que resolvieron el contrato por incumplimiento de la actora, o bien desistieron del contrato, con las consecuencias que ello lleva consigo, y que en esencia vendrán recogidas en el artículo 1.124 del Cc. Es decir, que quedará obligada a la indemnización de los daños y perjuicios que corresponda. Todo ello, en aplicación del artículo 1.256 del Cc que impide que el cumplimiento de los contratos se deje a la voluntad de una de las partes. En el mismo sentido, el artículo 1.594 del Cc. Como se verá a la hora de analizar los incumplimientos alegados por las demandadas, no se ha producido un incumplimiento de las obligaciones por la actora, por lo que debe entenderse que aquellas desistieron del contrato celebrado.

El segundo incumplimiento se centra en la vulneración de la cláusula de no competencia. El hecho esencial más relevante en este caso, es que las demandadas, en el mismo local ocupado para la venta minorista de la ropa ..., ha venido desarrollando la misma actividad, pero en este caso, con ropa multimarca. Es decir, desde la resolución del contrato instado por las demandadas (marzo de 2005), han eliminado la marca ..., y ha realizado un cambio de la imagen corporativa en el local. Ahora bien, vende ropa dirigida al público infantil. Este hecho no se discute por la demandada, y resulta de los documentos 18,19 y 20 de la demanda. La estipulación 15.1 establece que el franquiciado durante el año posterior a la extinción de la relación contractual se compromete a "abstenerse de ejercer, en ningún caso, por sí, por terceras personas, o por medio de su participación en sociedades mercantiles, actividades de naturaleza idéntica, similar o conexas con aquella que constituye el objeto del presente contrato de

Administración - Ayuntamiento de Espinosa de Caceres



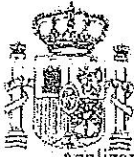
royalties que presumiblemente podría haber generado la relación si se hubiera continuado con el ejercicio de la actividad, con base a la facturación que hasta ahora se venía realizando. De la media de los royalties abonados hasta la fecha, y que cifra en 2.250,84 euros (documento numero 21 de la demanda), los aplica al tiempo previsto para la finalización del negocio, que se estableció el día 30 de abril de 2009 resultando una cantidad de 18.006,72 euros, rectificada en la audiencia previa en 17.768,04 euros, a la vista del informe pericial emitido por el judicialmente nombrado. Según la estipulación sexta del contrato, el franquiciado deberá abonar en concepto de royalty el dos por ciento sobre sus ventas anuales.

De lo expuesto en el anterior fundamento, resulta que las consecuencias del desistimiento de las demandadas, debe suponer que éstas deban asumir los daños y perjuicios causados a la actora (artículos 1.256 del Cc y 1.124 del mismo texto legal). Los perjuicios, no pueden ser otros que valorar el daño emergente y el lucro cesante, como resulta sobradamente conocido. Para ello, la actora realiza un cálculo de las pérdidas que suponen la extinción anticipada del contrato. Así, con relación a los royalties, acompaña como documento numero 21 de la demanda la relación de los abonados por las demandadas y aplica una medida ponderada multiplicándolo por los años que restaban por cumplir (30 de abril de 2009). El cálculo no supone una mera hipótesis sino que tiene como objeto valorar la pérdida por este concepto, multiplicando la media de lo obtenido hasta la fecha de extinción del contrato, por los años que quedaban por cumplir. Y este cálculo resulta adecuado y proporcionado sin que pueda apreciarse causa de peso para negarla. Por esta cifra corresponderían 17.768,04 euros, lo que supone que cada semestre se haya calculado una pérdida por este concepto de 2.221,01 euros. En todo caso, sí que es preciso aclarar que del cálculo para obtener la cifra total, se ha incluido el año 2005.

En segundo lugar, incluye en el apartado de daños y perjuicios, las pérdidas por las cantidades dejadas de ingresar como consecuencia de la falta de compras o aprovisionamientos. El importe de los pedidos durante la duración del contrato (aportados como documentos números 26,27, 28 y 29), han sido incrementados en un 2% anual hasta el año 2008. En estos documentos se expresa el coste unitario de cada prenda, y el precio de venta a la tienda franquiciada. Se acompaña un cuadro explicativo en el documento número 30, sin que haya sido impugnado de contrario. Del examen, resulta el coste medio de los pedidos y el beneficio medio. Ello supone una cantidad de 211.570,04 euros. Como en el caso anterior, las cifras parecen y resultan acordes al desarrollo del contrato, y a una evolución normal del mismo, por lo que como se ha expuesto antes debe estimarse.

En cuanto al abono de los pedidos formalizados para la temporada 2.005, se solicita el pago íntegro de los mismos. Sin embargo, como se ha expresado, las consecuencias que ahora se

Administración de Justicia en Cataluña



analizan están íntimamente relacionadas con el perjuicio causado, al amparo del artículo 1124 del Cc. En este caso, no se ha acreditado que la paralización de los procesos de fabricación de la ropa haya causado perjuicio alguno, por cuanto no se ha traído al procedimiento dato alguno que lo corrobore. Debe entenderse por tanto, que la pérdida sufrida por la actora, no es otra que la pérdida por la falta de ingreso de los royalties, y la pérdida por el margen de beneficio que hubiera podido obtener por las ventas de género. En cuanto a los royalties de la temporada 2005, se encuentran incluidos en la cifra de 17.768 euros aludida anteriormente, por cuanto como se expresa en la propia demanda, se multiplican por ocho semestres. En cuanto a la ganancia dejada de percibir en el año 2005, debe estarse al mismo cálculo establecido para fijar el margen comercial, recogido en el documento número 30 de la demanda, y posteriormente corregido en el informe emitido por el perito judicialmente nombrado. Con base al beneficio esperado en el año 2006 (69.130 euros), se descuenta el 2%, dando un total de 67.748 euros.

En tercer lugar, por vulneración del pacto de no competencia reclama una indemnización equivalente a los ingresos que por todos los conceptos habría obtenido durante un año, que calcula a tenor de las mismas cifras anteriores en 4.501,68 euros por los royalties dejados de percibir y 71.388,11 euros, por el margen comercial en la venta de prendas al citado establecimiento. Sin embargo, para el año 2005, se acaba de indicar que el margen comercial debía haber ascendido a 67.748 euros, y con relación a los royalties se ha indicado que pueden calcularse en 4.442,02 euros cada año.

Es decir, se reclama la misma cantidad que los beneficios que se hubieran obtenido por el desarrollo normal de la tienda abierta al público. El cálculo del daño sufrido por el desarrollo de una actividad concurrente no es sencillo. Ahora bien, resulta excesivo realizar este cálculo igualándolo a las cantidades que se hubieran obtenido si hubiera estado abierta la tienda. En este sentido se considera que los perjuicios que se han podido ocasionar, son aquellos que han provocado que con abuso de la posición en el mercado alcanzada durante la explotación del negocio, ha desarrollado una actividad concurrente, que ha privado de potenciales compradores a otras tiendas de la misma marca. Por ello, se considera suficiente estimar que el daño causado, puede estar en consonancia con la mitad del beneficio que podía haber obtenido, tanto por los royalties como por el margen de beneficio. Es decir, 36.095.01 euros.

CUARTO.- Falta de legitimación de la demandada Dña.

La demandada alega que el contrato concertado, aun cuando lo fue con la persona física, en realidad se hizo de este modo, porque la urgencia de la firma del contrato, pero que en realidad ambas partes conocían que el contrato se realizaba con la

Administración de Justicia de Cataluña



entidad que la Sra. pretendía constituir. Además indica que se produjo una cesión del contrato de forma tácita, por cuanto a partir de la constitución de la sociedad, todas las facturas y pedidos se realizaban a nombre de la entidad como indica la propia actora en su escrito inicial del procedimiento. Para resolver la cuestión debe indicarse que la estipulación II del contrato, prohíbe la cesión del contrato, concediendo dicha facultad si existe previa y expresa voluntad del franquiciador. En nuestro caso, ni consta la previa voluntad, que debería haberse hecho constar en el contrato de franquicia o en documento anexo al mismo, ni tampoco consta que el franquiciador haya expresado su voluntad de que la Sra. quedara sustituida por la entidad

Es cierto, y así se indica en la demanda, que una vez constituida la sociedad, el negocio giró entre ambas sociedades. Ahora bien, ello no quiere decir, que la entidad actora prestara su consentimiento a que la Sra. como persona física, quedara desligada del negocio. Para lograr este efecto, debió prestarse el consentimiento por la actora, conforme indica la cláusula que se ha indicado, y en consonancia con el artículo 1.205 del Cc.

QUINTO.- La demandada alega como motivos de oposición a la demanda, que se ha producido el incumplimiento de la actora, tanto con anterioridad al otorgamiento del contrato, como con posterioridad a éste.

Incumplimiento anteriores al otorgamiento del contrato. Se indica que el dossier informativo de franquicia acompañado como documento numero 1 de la demanda, no contiene los requisitos establecidos en la Ley 7/1996 de Ordenación del comercio minorista y en el Real Decreto 2485/1998, que desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996. Por ello, entiende que o bien, el incumplimiento de esta falta de información da lugar a la nulidad del contrato por vicio del consentimiento al haber sido prestado o bien con dolo, o por error, y en el caso de que no se apreciara dicha causa de nulidad, se entendería que concurre causa para instar la resolución del contrato de franquicia, o que la actora no podría alegar el incumplimiento del contrato en virtud del artículo 1.124 del Cc.

Sin embargo, existen una serie de datos que deben exponerse para desestimar la petición. En primer lugar, la alegación realizada por la demandada, no se basa en que fuera transmitida una información falsa en el denominado dossier, sino que la misma era incompleta. El dato es relevante, por cuanto en el curso de las negociaciones que se siguen en este tipo de relaciones mercantiles, la demandada debió exigir que la información suministrada fuera completada. Máxime si como se expone en la contestación, no se cumplían con algunas de las exigencias de la legislación que se cita. Sin embargo, la demandada asumió como suficiente la información proporcionada al firmar el contrato, sin que quepa alegar ahora defectos que nunca hasta ahora habían sido expuestos ni

Administración de Justicia - Administración de Justicia en Cataluña



10/15

comunicados a la contraria. Durante el transcurso del contrato, no se alegó este hecho, de manera que permitiera conocer que la demandada consideraba que los problemas en la rentabilidad del negocio tenían como base esa falta de información. Pero es más, la demandada tampoco alude, en el curso de las negociaciones para poner fin a la relación, que los problemas vengan derivados por esa información insuficiente. Es más, negocian la transmisión del negocio, y finalmente no llegan a un acuerdo por motivos absolutamente ajenos a la existencia de algún incumplimiento contractual. Así se ha expuesto en el acto del juicio por ambas partes, donde estuvieron de acuerdo en que una discrepancia sobre un asunto puntual, provocó la ruptura de las negociaciones. Incluso cuando se remite el primer burófax en el que se comunica que se pone fin a la relación se enuncia como causa, una supuesta falta de liquidación por el porcentaje de ventas, que posteriormente no vuelve a surgir. En la segunda comunicación, documento número 12 de la demanda, se hace referencia a un incumplimiento genérico de la estipulación 12, donde no se cita como una de las obligaciones del franquiciador la de entrega de la información previa. Es decir, que al resolver el contrato, no se tuvo en cuenta ninguna de las circunstancias que concurrieron a la hora de la transmisión de la información previa.

Segundo, la legislación que se cita como incumplida, en la mayoría de los casos tiene un componente administrativo muy acentuado, que puede dar lugar a un tipo de responsabilidades diferentes de las civiles. Así, la falta de datos de identificación del franquiciador en cuanto a su inscripción en el Registro de Franquiciadores (supuesto a del artículo 3 del RD 2485/1998), o la acreditación de vigencia del uso de la marca (supuesto b), o la descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia (supuesto c).

Tercero, en otros casos (supuesto d del Real Decreto citado), la información que proporciona el dossier informativo se considera suficiente a los fines expuestos por el Decreto. Así, el dossier contiene una descripción suficiente sobre su experiencia como empresa franquiciadora (relata su nacimiento en el año 1998, su trayectoria de crecimiento y la existencia de 65 establecimientos), o sobre el contenido y características de la franquicia, donde se realiza entre otros aspectos, una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha del negocio (pagina 12 del dossier y ultima pagina de este).

Cuarto, no se ha probado la relación de causalidad existente entre la omisión de la información y la imposibilidad de cumplimiento del contrato por la demandada. Es decir, debería haberse aportado, qué extremos, de haber sido conocidos posteriormente, hubieran compelido a la demandada a no celebrar el contrato. Así, resulta indiferente que no se acreditara la vigencia del uso de la marca (punto b del RD), si ninguna incidencia se ha producido durante la vigencia del contrato sobre este particular.

Administración de Justicia - Administración de Justicia de Castilla-La Mancha



10/15

comunicados a la contraria. Durante el transcurso del contrato, no se alegó este hecho, de manera que permitiera conocer que la demandada consideraba que los problemas en la rentabilidad del negocio tenían como base esa falta de información. Pero es más, la demandada tampoco alude, en el curso de las negociaciones para poner fin a 1ª relación, que los problemas vengan derivados por esa información insuficiente. Es más, negocian la transmisión del negocio, y finalmente no llegan a un acuerdo por motivos absolutamente ajenos a la existencia de algún incumplimiento contractual. Así se ha expuesto en el acto del juicio por ambas partes, donde estuvieron de acuerdo en que una discrepancia sobre un asunto puntual, provocó la ruptura de las negociaciones. Incluso cuando se remite el primer burofax en el que se comunica que se pone fin a la relación se enuncia como causa, una supuesta falta de liquidación por el porcentaje de ventas, que posteriormente no vuelve a surgir. En la segunda comunicación, documento número 12 de la demanda, se hace referencia a un incumplimiento genérico de la estipulación 12, donde no se cita como una de las obligaciones del franquiciador la de entrega de la información previa. Es decir, que al resolver el contrato, no se tuvo en cuenta ninguna de las circunstancias que concurrieron a la hora de la transmisión de la información previa.

Segundo, la legislación que se cita como incumplida, en la mayoría de los casos tiene un componente administrativo muy acentuado, que puede dar lugar a un tipo de responsabilidades diferentes de las civiles. Así, la falta de datos de identificación del franquiciador en cuanto a su inscripción en el Registro de Franquiciadores (supuesto a del artículo 3 del RD 2485/1998), o la acreditación de vigencia del uso de la marca (supuesto b), o la descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia (supuesto c).

Tercero, en otros casos (supuesto d del Real Decreto citado), la información que proporciona el dossier informativo se considera suficiente a los fines expuestos por el Decreto. Así, el dossier contiene una descripción suficiente sobre su experiencia como empresa franquiciadora (relata su nacimiento en el año 1998, su trayectoria de crecimiento y la existencia de 65 establecimientos), o sobre el contenido y características de la franquicia, donde se realiza entre otros aspectos, una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha del negocio (pagina 12 del dossier y ultima pagina de este).

Cuarto, no se ha probado la relación de causalidad existente entre la omisión de la información y la imposibilidad de cumplimiento del contrato por la demandada. Es decir, debería haberse aportado, qué extremos, de haber sido conocidos posteriormente, hubieran compelido a la demandada a no celebrar el contrato. Así, resulta indiferente que no se acreditara la vigencia del uso de la marca (punto b del RD), si ninguna incidencia se ha producido durante la vigencia del contrato sobre este particular.

Administración de Justicia - Administración de Justicia en España



Quinto, es igualmente trascendente el hecho de que el contrato tiene con una naturaleza eminentemente mercantil, desarrollado entre personas con un conocimiento de la cuestión, o que al menos, si se carecía de los mismos, debería haber suplido con el asesoramiento necesario. Algunas de las circunstancias que se echan a faltar en la información previa son de fácil acceso al público en general. Así resulta tanto de la información que se puede obtener de la página web de las entidad actora, o de las inscripciones registrales en el resto de los Registros Públicos. En estas páginas o registros, se ofrece una información más completa sobre los aspectos que cita la demandada, esencialmente, la evolución del negocio.

Sexta, alguna de la información que se cita como omitida, no supone sino que el negocio explotado por la actora tiene una expansión importante, con un crecimiento del número de establecimientos en todo el mundo. Esta información incluso podía haber colaborado a tener una idea del negocio más propicia, como medio de inversión. Es decir, la existencia de establecimientos abiertos, incluso dentro del ámbito territorial catalán, se ha venido utilizando como hecho que menoscababa el negocio de la demandada por suponer una competencia directa. Sin embargo, se considera que ese dato por sí solo, no supone una merma del negocio, sino que incluso puede dar lugar a un conocimiento más profundo de la marca y de la calidad de la misma, que proporcione un mayor número de clientes potenciales.

Séptimo, en cuanto al punto g) el contrato, se indica que en el dossier informativo se indica de una forma muy somera los elementos esenciales del negocio y que no se recoge en éste, el sistema de pago. Se considera que la norma exige que el dossier contenga los elementos esenciales, ahora bien, no puede negarse el valor esencial del contrato a la hora de fijar las condiciones principales. No se puede alegar desconocimiento alguno de esta forma de pago, cuando se asumieron por la actora mediante la firma y se cumplieron desde el año 2002 hasta el año 2004, sin alegar circunstancia alguna. Es más, la propia demandada reconoce que conocía esta circunstancia en la página 10 de la contestación, desde antes de la fecha del contrato.

Octavo, se alega por último, que en relación con el apartado e), se aporta una cuenta de explotación media estimada que constituye la última hoja del citado dossier informativo, contiene unos datos que no son reales y que inducen a engaño sobre la viabilidad del negocio. En este sentido, se aporta un informe emitido por el Sr. que concluye que las cifras mantenidas por el franquiciador no pueden ser logradas en la práctica. Sin embargo, el motivo alegado resulta muy genérico, y sin la necesaria concreción como para ser tenido en cuenta. Pero es que además, la cuenta de explotación media estimada no se ofrece como un cálculo certero de ganancias, sino como una

AE Tribu. 12/16
P. 12/16
Nº 7808



estimación aproximada, que evidentemente no puede contener una garantía de su producción. Además, no puede resultar extraño a los que se enfrentan a este tipo de negocio, que la rentabilidad de éste está sometido a diversas circunstancias, unas personales y otras relativas al negocio, que no pueden esconder los riesgos que entrañan. Ahora bien, el informe del Sr. [redacted], tampoco contiene de una lectura de sus conclusiones, que la cuenta de explotación media estimada y que venía incorporada a la última página de la información previa, fuera absolutamente inexacta. Es más, se indica que en el ejercicio 2003, se produjo un volumen de ventas de 202.349,30 euros, y que en el año 2004, donde las demandadas centran sus problemas financieros, se produjo un volumen de ventas algo inferior, en concreto 187.964,05 euros. De estos datos no se desprende que la cuenta de explotación proporcionada sea errónea, sino más bien, todo lo contrario. Se indica también que la política de precios fijados por la franquiciadora provocaba una nula capacidad de ajuste. Sin embargo, esta circunstancia estaba prevista en el contrato, de igual modo que la política de rebajas. El comportamiento del público en general, que espera a la época de rebajas para realizar sus compras, no parece que pueda calificarse de extraño. Por último, se indica que en el ejercicio 2004, se produjo una amortización total de los elementos del inmovilizado, lo que incrementó las pérdidas. Se desconocen los motivos por los que se produjo esa amortización total, cuando en la propia cuenta de explotación estimada, se prevé una amortización gradual, año a año.

Incumplimientos posteriores al otorgamiento del contrato de franquicia.

La demandada indica que la actora incumplió después de la firma del contrato. En primer lugar, se alega que se incumplió la disposición de forma gratuita de la aplicación informática de gestión de negocio establecida en la estipulación 12.3, puesto que a pesar de este pacto establece que el franquiciador pondrá a disposición del franquiciado de forma gratuita la aplicación informática, en realidad cuatro meses más tarde de la firma del contrato, la actora propuso la firma de un contrato de mantenimiento del software, fijándose una cuota mensual de 21,04 euros más el IVA correspondiente. Así se firmó como consta en el documento número 2 de la contestación.

Sin embargo, el motivo no puede prosperar, porque la cuestión es absolutamente superflua para acreditar el incumplimiento de las obligaciones por parte del franquiciador, tanto por la cuantía como por la naturaleza de lo expuesto. No puede entenderse que la situación de dificultades en la explotación del negocio, haya venido dada por la firma de este contrato, dada la cuantía mensual. En todo caso, no consta atisbo alguno, que por la demandada se firmara el contrato que se dice de mantenimiento, obligada.

En segundo lugar, se indica que no se produjo una transmisión del saber hacer a la franquiciada. Se indica que lo único que se ha hecho a este respecto es la entrega de una serie de manuales que se acompañan al escrito de contestación como documentos números 3

Para n.º de teléfono y dirección de correo electrónico en Cataluña:
 Av. de Catalunya, 1. 08002 Barcelona



a 7. La calificación de éstos como simples que se realiza en la contestación, supone una afirmación excesivamente vaga sobre el particular que evita cualquier pronunciamiento más profundo sobre el particular. Sin más precisiones, baste decir que los mismos se refieren a los procedimientos internos, al control y supervisión, a los temas administrativos, a la estructura del negocio y a la gestión comercial. Debía haberse expresado qué contenidos se echan en falta.

De igual modo, se indica que no se ha impartido ningún programa de formación inicial. Sin embargo, la propia demandada en el acto de la vista reconoció haber asistido a ese programa de formación inicial. En cuanto a los cursos de formación compartidos, la actora ha aportado a la causa como documento número 37, la aprobación de ayudas concedida por el Ministerio de Trabajo, para las acciones formativas a franquiciados. Cada una de las empresas que consta incluida en el plan firmó un compromiso de participación en el plan, entre las que se encontraba la demandada. En cuanto a la formación inicial, consta y no ha sido objeto de discusión que fue la actora la que dirigió las obras de acondicionamiento del local. Además, la demandada asistió al curso impartido los días 28 y 29 de mayo de 2003, impartido por la entidad Global Estrategias, como ha quedado acreditado por los documentos números 41 y 42 de la demanda (escrito que contesta a las alegaciones de nulidad). En cuanto a la asistencia técnica durante la ejecución del contrato, se han aportado toda una serie de informes como documento número 43, en los que se relatan todas una serie de incidencias, propuestas de mejora, y problemas existentes por el devenir del negocio, con propuestas de solución por parte el personal de la franquiciadora. De igual modo, se han acompañado correos electrónicos (documentos números 45 y 46 remitidos por la encargada regional de la zona esta, Dña. en la que se trasladan opiniones, propuestas de acciones, y otra serie de actuaciones que van dirigidas a obtener información directa de la franquiciada, y a solucionar todas aquellas cuestiones que se planteen.

En tercer lugar, se alega el incumplimiento de las obligaciones publicitarias del franquiciador. Se indica que la actora no ha desarrollado ninguna labor en este sentido, y que ha sido la propia demandada la que ha realizado esta labor. Aporta los documentos números 8 a 11, que se traen de facturas acreditativas de pagos por publicidad durante los años 2002, 2003 y 2004.

Sin embargo, la actora ha aportado una cumplida relación de todas las actividades que con relación a la publicidad del negocio ha llevado a cabo. En resumen, creación del denominado (documento número 2b), inserción de noticias relativas a la franquicia en diversas publicaciones (documento número 35 y 36), contratos promocionales con terceros (documentos 47 y 48). Claramente suficiente a los fines pretendidos, lo que impide que pueda apreciarse el incumplimiento alegado.

Agrupación de Empresas de Comercio y Administración de Cobros en España



Séptimo.- En cuanto a las costas, y conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al haber sido estimada parcialmente la demanda, no procede realizar especial condena en costas. No se considera que la alegación contenida por la demandada al contestar la demanda, relativa a la supuesta nulidad del contrato, deba ser considerada como reconvencción implícita.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr. en nombre de la entidad contra Dña.

contra la entidad debo declarar que las demandadas han

incumplido el contrato celebrado de fecha 30 de abril de 2002, teniendo a las mismas además por desistidas del mismo. De igual modo, debo condenar a ambas codemandadas de forma solidaria a abonar a la actora con la cantidad total de 333.181,09 euros, en concepto de los daños y perjuicios causados por el desistimiento del contrato y el incumplimiento contractual, más los intereses legales.

De igual modo, se condena a las demandadas al cese inmediato en el uso de todas las marcas, rótulos, logotipos, nombres comerciales y demás signos distintivos titularidad de la demandante. De igual modo, debo condenar a las demandadas, a restituir inmediatamente y a su cargo todos los soportes físicos a los que se incorporen los signos distintivos (marcas, rótulos, nombre comercial, etc) titularidad del franquiciador, soportes ostentados por el franquiciado en calidad de depositario, toda la documentación a la que se haya incorporado en Know- How del franquiciador así como los manuales de franquicia que le fueron entregados.

Por último se condena a las demandadas a que se abstengan de realizar actividad similar en el establecimiento sito en la calle de urante un año a partir de la fecha de la demanda.

Finalmente, se condena a las demandadas a la publicación de la sentencia en una revista especializada en el sector de la franquicias, concretamente en la revista editado por y en la revista "Franquicias" editada por Barbadillo. Todo ello, sin realizar especial condena en costas a ninguna a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de cinco días desde la notificación de la

Administración de Justicia - Admisión de Recursos en Casación



presente.

15/15

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Se ha dado, leído y publicado la sentencia anterior por Magistrado Juez que la ha dictado, celebrando audiencia pública, el día de la fecha. Doy fe.

Administración de Justicia en Zamora

ANEXO 4

CRITERIO DE EXPERTOS Y ESTUDIOSOS EN LA MATERIA

Cuestionario tipo entrevista a Abogados Expertos para desarrollo de trabajo de titulación de Maestría en Derecho de Empresas – IV Promoción.

Tema del trabajo de titulación: El régimen jurídico del Contrato de Franquicia en el Ecuador y su problemática.

Nombre del abogado experto entrevistado:

Años de experiencia en el ejercicio de la profesión:

Áreas del Derecho en las que ejerce:

Favor contestar las siguientes preguntas:

1. ¿Considera usted que existen normativa legal aplicable al contrato de franquicia en el Ecuador?
2. ¿En caso de no ser así, comparte usted el criterio de promulgar una ley que recoja los preceptos jurídicos aplicables a dicha figura?
3. ¿Considera usted que, en la celebración del contrato de franquicia, una de las partes podría resultar afectada? Indicar el por qué.
4. ¿Considera usted que el contrato de franquicia es un atractivo modelo de negocio que permite dinamizar la economía?
5. ¿Considera usted que el contrato de franquicia se encuentra estrechamente ligado a la Propiedad Intelectual?
6. ¿Considera usted que es de conocimiento general el trámite a realizar para la obtención de una franquicia y la celebración del respectivo contrato?
7. Desde el punto de vista jurídico, cuáles serían sus recomendaciones respecto a la celebración del contrato de franquicia.



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Sara María Maridueña Orellana con C.C: # 0704080415 autor(a) del trabajo de titulación: *“EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL ECUADOR Y SU PROBLEMÁTICA”* previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA** 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 graduación 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 graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 20 de marzo de 2017

f. _____
Nombre: Sara María Maridueña Orellana
C. C.: 0704080415

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	El régimen jurídico del contrato de franquicia en el Ecuador y su problemática		
AUTOR(ES):	Sara María Maridueña Orellana		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Dr. Nicolás Rivera Herrera		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho de Empresa		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho de Empresa		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	20 de marzo del 2017	No. DE PÁGINAS:	
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho mercantil		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho mercantil .– franquicia .– contrato .– disposiciones .– saber hacer.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>El derecho mercantil y comercial como conocemos, es una materia muy dinámica pues desde sus inicios, se ha formado en base a la costumbre y a la negociación por parte de los comerciantes. Tal es así que constantemente nos encontramos con novedades las cuales desembocan en una serie de disposiciones que con el tiempo se recogen dentro del ordenamiento jurídico compilándolas dentro de leyes y normativa que en el futuro son obligatorias para las partes implicadas. En este caso, hablaremos del contrato de franquicia, conocido superficialmente por todos pero siendo atípico a la presente fecha, pues ninguna ley contiene preceptos jurídicos sobre los cuales suscribir un contrato o que sirvan de guía para implementar una actualmente, por lo cual el análisis y la posterior elaboración de propuesta de normativa legal podría ayudar en un futuro a sacar mejor provecho de este novedoso formato comercial o modelo de negocio, cuyo aprovechamiento llevaría a generar la utilidad esperada a ambas partes contratantes y a prevenir las controversias que pudieran surgir como resultado de su mala gestión.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono:	E-mail:	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Peralta Moarry Salma Pierina		
	Teléfono: 0985979088		
	E-mail: maestriaderechodempresas@gmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	