

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS  
TRIBUNALES Y JUZGADOS**

**TEMA:**

**“EL CONTRATO DE FRANQUICIA, DEL CONOCIMIENTO A LA NORMATIVA”**

**AUTOR:**

**ANDREA GABRIELA LÓPEZ CABRERA**

**DIRECTOR DE TESIS:**

**DR. JOSÉ ANTONIO BURNEO BURNEO**

**QUITO-ECUADOR**

**AÑO 2012**

## DECLARACIÓN

Yo, ANDREA GABRIELA LÓPEZ CABRERA declaro que éste trabajo presentado con el título de EL CONTRATO DE FRANQUICIA DEL CONOCIMIENTO A LA NORMATIVA, es de mi completa autoría, el cual no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional, y que ha sido consultado y con la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR, según lo establece la Ley de Propiedad Intelectual, reglamento y leyes.

  
ANDREA GABRIELA LÓPEZ CABRERA

## AGRADECIMIENTO

El compromiso de la búsqueda permanente por la excelencia académica por parte de las autoridades y profesores de la Universidad Internacional y de forma especial a su facultad de jurisprudencia, están traducidas con el constante apoyo que recibí en las aulas universitarias tanto en mi formación como futura profesional y como ser humano, puesto que los valores intelectuales, morales y espirituales que se me impartió son de supremo valor, por ello de forma libre expreso mi especial agradecimiento a mi querida Universidad, en la seguridad de que todo este patrimonio será puesto al servicio de mi país.

## Índice

INTRODUCCIÓN .....	9
CAPÍTULO I .....	13
ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA FRANQUICIA .....	13
NACIMIENTO DE LA FRANQUICIA: .....	13
RANGOS EVOLUTIVOS DE LA FRANQUICIA EN EL ECUADOR .....	22
CAPÍTULO II .....	24
CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA FRANQUICIA .....	24
2.1. CONCEPTO DE FRANQUICIA: .....	24
2.1.1. DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA FRANQUICIA: .....	31
2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FRANQUICIA.....	36
2.3. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA FRANQUICIA .....	38
2.3.1. CONSENTIMIENTO.....	38
2.3.2. CAPACIDAD LEGAL.....	40
2.3.3. CAUSA Y OBJETO LÍCITO .....	40
2.3.4. VOLUNTAD .....	42
2.3.5. FORMALIDADES LEGALES .....	44
2.4. CAPACIDAD LEGAL PARA OBLIGARSE .....	46
2.5. FRANQUICIADOR .....	47
2.6. FRANQUICIADO .....	52
2.7. <i>KNOW HOW O</i> SABER HACER.....	55
2.7.1. <i>KNOW HOW</i> Y CONOCIMIENTOS TÉCNICOS: .....	56
CAPÍTULO III .....	59
EL CONTRATO DE FRANQUICIA .....	59
3.1. TEORÍA DEL CONTRATO.....	59
3.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	61
3.3. PROPIEDADES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA .....	64
3.4. CARACTERES JURÍDICOS .....	67
3.5. FIGURAS DE LAS FRANQUICIAS .....	70
3.5.1 FRANQUICIA DE SERVICIOS. ....	72
3.5.2 FRANQUICIA INDUSTRIAL .....	74
3.5.3. FRANQUICIA DE COMERCIALIZACIÓN. ....	75
3.5.4. OTRAS FIGURAS DE FRANQUICIAS .....	76
3.6. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA .....	78

3.7. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA .....	90
3.8. ASOCIACIONISMOS EN LA FRANQUICIA.....	105
CAPÍTULO IV .....	113
TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA.....	113
4.1. TIEMPO DE DURACIÓN DEL CONTRATO.....	113
4.2 ORÍGENES DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO .....	115
4.2.1. CUMPLIMIENTO DEL PLAZO .....	116
4.2.2. POR INCUMPLIMIENTO .....	118
4.2.3. POR MUERTE O INCAPACIDAD DE LAS PARTES.....	120
4.2.4. LA DECISIÓN UNILATERAL .....	123
4.3. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO .....	124
REGULACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	132
NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL	
ECUADOR.....	141
CAPÍTULO V .....	146
LA JURISDICCIÓN EN LA FRANQUICIA .....	146
5.1. SISTEMA DE CONFLICTO DE JURISDICCIONES .....	147
5.2. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL CONTRATO	
DE FRANQUICIA.....	154
ANEXO 1 .....	160
ANEXO 2 .....	179
PROYECTO DE LEY DE FRANQUICIAS.....	204
CONCLUSIONES .....	216
RECOMENDACIONES.....	218
BIBLIOGRAFIA.....	223

## DEDICATORIA

A mis padres y hermanos por su inmenso amor, por sus valores y motivación, en especial a mi querido padre por estar en todo momento, por apoyarme constantemente con sus conocimientos transmitidos cada día, por guiarme hacia un buen camino, y ser mi referente a seguir en la vida, a mi hermosa madre por su paciencia y ternura.

Mis triunfos son gracias a ustedes amados padres.

## SINTESIS

*Introducción.-* La presente investigación está dirigida al estudio; conocimiento; y análisis jurídico de la franquicia como una figura de contrato, en Ecuador este convenio no se encuentra normado legalmente en lo que se refiere a la transferencia de conocimiento; de la marca; del *know how*; del secreto profesional, entre otros.

*Capítulo I.-* Se estudia los antecedentes históricos de la franquicia a nivel mundial; la influencia que ha tenido en el Ecuador el contrato de franquicia y las primeras franquicias del país.

*Capítulo II.-* Se expresan conceptos de la franquicia, su naturaleza jurídica; elementos jurídicos, y los derechos y obligaciones; transferencia del *know how* o saber hacer.

*Capítulo III.-* Se estudia la teoría del contrato; las propiedades que tiene la franquicia; las características; tipos de franquicia que existen; su estructura; ventajas y desventajas; la creación de la Asociación Ecuatoriana de Franquiciadores.

*Capítulo IV.-* Se analiza todo lo referente a la terminación del contrato de franquicia; su origen, las causas por las que puede concluir y los efectos que de dicha terminación.

*Capítulo V.-* Aquí se estudia la Jurisdicción en la Franquicia, el sistema y método de solución de conflictos que se crean en esta figura contractual, los tipos de jurisdicciones.

## SYNTHESIS

*Introduction.* - This research is directed to the study, knowledge, and legal analysis of the franchise contract as a figure in Ecuador this agreement is not legally regulated in regard to the transfer of knowledge, of the brand, the know-how, professional secrecy, among others.

*Chapter I.-* We study the historical background of the global franchise, and the influence it has had in Ecuador the franchise agreement and the first franchise in the country.

*Chapter II.-* Concepts are expressed in the franchise, its legal, legal elements, and the rights and obligations, transfer of know-how.

*Chapter III.-* Considers the contract theory, the properties of the franchise, the characteristics, types of franchises that exist, their structure, advantages and disadvantages, the creation of the Ecuadorian Association of Franchisors.

*Chapter IV.-* Everything is analyzed regarding the termination of the franchise agreement, its origin, causes that can be achieved and the effects of such termination.

*Chapter V.-* Here we study the Jurisdiction in the franchise, the system and method of conflict resolution that are created in this agreement, types of jurisdictions.

## INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo ha exigido a la sociedad romper paradigmas y adecuar sus conductas a formas insospechadas de la armonía humana dentro de todas y cada una de sus relaciones cotidianas. La revisión permanente de la normativa legal es una demostración de la dinamia social que comporta la humanidad. Ecuador se ha ido sumando a esta irrenunciable línea de trasformación; sin embargo, queda mucho por hacer en varias de las facetas del desarrollo jurídico normativo nacional.

Cuando decidí incursionar en el estudio del contrato de franquicia, lo hacía con la certeza de que el aporte bibliográfico y jurisprudencial iba a ser escaso dentro de la historia nacional, por lo que el reto se afianzó y tomé la firme decisión de ir a la búsqueda de los elementos primordiales que configuran este vínculo que hoy se ha convertido en una práctica cotidiana a nivel internacional, siendo replicada en nuestras actividades comerciales en el Ecuador.

Debo reconocer que nuestro Código de Comercio de 1960 así como el Cuarto Libro del Código Civil ecuatorianos no logran abarcar los aportes jurídicos de las nuevas figuras legales dentro del quehacer mercantil, que han sido impuestos por las actuales formas de relación comercial entre entes de diferente naturaleza jurídica y pertenecientes a diferentes Estados.

Hoy, el contenido y espíritu del contrato de franquicia agrega un valor importante al contrato civil o comercial reconocido en nuestra legislación, puesto que en él se transmiten conocimientos, tecnologías y habilidades para un efectivo emprendimiento empresarial, y aún más reconociendo que su práctica internacional ha

exigido en los diferentes países su regularización legal mediante la expedición de leyes específicas.

Siendo un contrato relativamente nuevo, totalmente diferente a los otros, se hace imprescindible poner atención a su desarrollo jurídico y legal, a través del mecanismo jurídico que asegure el respeto de los derechos de las partes intervinientes, así como también de los consumidores de los bienes y servicios que se ofertan mediante el sistema franquiciado.

Nadie puede desconocer que en los actuales momentos la internacionalización de la economía no solo que provoca la transferencia del conocimiento, sino que lleva implícitos otros elementos inmateriales que, dentro de las relaciones comerciales y específicamente en el marco empresarial, aportan a la economía. Las marcas, las patentes y el *know how* han merecido el establecimiento de escudos jurídicos protectores, toda vez que su intensidad y profundidad en todos los segmentos económicos dan una manifestación de que la franquicia como tal se ha convertido en una herramienta de vínculos económicos y tecnológicos así como también como de servicios, por lo que su regulación es necesaria para asegurar una armónica relación dentro de la aspiración ganar-ganar.

Sin intentar subestimar el desarrollo jurídico en el marco empresarial ecuatoriano, me atrevo a asegurar que los bienes intangibles a los que me he referido no están integralmente protegidos, si es que no elaboramos la normativa jurídica pertinente al contrato de franquicia en acuerdo con las experiencias que se han consolidado en otros países.

Independientemente de la existencia del Código Civil en su Cuarto Libro, el Código de Comercio y la Ley de Propiedad Intelectual, es necesario articular un régimen jurídico que, de forma sencilla y clara, genere la tutela jurídica efectiva para que las marcas, las patentes, el *know how*, el secreto profesional, las retribuciones, las utilidades y demás elementos que se comportan dentro de un contrato de franquicia, estén debidamente regularizados.

Bajo estas consideraciones, es importante también que el contrato de franquicia como tal, al momento de ser normado, genera seguridad jurídica, tanto para el franquiciante como para el franquiciado, puesto que la legislación internacional ya ha aportado una gran dosis de este marco regulatorio. El Estado Ecuatoriano aún no ha hecho un reconocimiento expreso de este contrato, que debe ser apoyado desde la perspectiva gubernamental y bajo una política pública en alianza estratégica con el sector privado, tendiente a generar un aporte económico, no solamente para el sector industrial sino también para los sectores de servicios no tradicionales, como la hotelería, el turismo y la línea de alimentos, y para las pequeñas y medianas industrias en los diferentes sectores del quehacer económico.

La exigua doctrina jurídica nacional respecto al contrato de franquicia nos obliga a realizar mayores esfuerzos investigativos dentro del Derecho comparado, a efectos de poder aportar en la discusión y llegar a reconocer la imperiosa necesidad de contar con un marco regulatorio expedido por los entes estatales reconocidos constitucionalmente. Debo confesar que el Estado Ecuatoriano cuenta con leyes claras en torno a la protección de la propiedad intelectual, pero lo que intenta establecer la presente

investigación es un panorama particular del contrato sobre esa propiedad intelectual en la que prevalece como factor principal el derecho de uso a la franquicia, considerado como un contrato autónomo e independiente dentro del Derecho Mercantil, en el cual las regulaciones internacionales, generalmente aceptadas, puedan también ser admitidas en concordancia a lo que establecen las leyes civiles, mercantiles, societarias, laborales, tributarias y antimonopólicas del Ecuador.

Esta investigación tiene la convicción de provocar una actitud proactiva respecto del tratamiento jurídico que en el marco del derecho positivo se le debe otorgar en nuestro país. Los profesionales de la abogacía especializados en negocios internacionales, Derecho Comercial y económico deberán también incorporarse al ejercicio de un perfeccionamiento legal claro y meridiano de este contrato de trascendencia y práctica internacional.

Si bien es cierto que no es una tarea fácil, la internacionalización de este contrato y su permanente uso nos obliga a concentrarnos en el esfuerzo conjunto de laborar una normativa que asegure la permanencia armónica de esta institución contractual en nuestras actividades cotidianas.

El Derecho Comercial del siglo XXI exige la adecuación de la legislación nacional a las nuevas formas de contratación y el de la franquicia es una de ellas; si el compromiso es conjunto y serio, estaremos avanzando.

## CAPÍTULO I

### ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA FRANQUICIA

#### **NACIMIENTO DE LA FRANQUICIA:**

El origen de la figura de la franquicia se remonta a la Edad Media, aunque con características rudimentarias. Según Rocha<sup>1</sup>, 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 le debían a ella. Estos señores tenían el derecho de retener parte de lo recaudado y entregaban el excedente a la Iglesia; sin embargo, este antecedente se aproxima más a las actuales concesiones del Poder público a favor de la empresa privada o economía mixta.<sup>2</sup>

La palabra “franquicia” es históricamente sinónimo de privilegio<sup>3</sup>. Así, 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*: en primer lugar, los privilegios reales que eran usados por la corona y podían ser concedidos a particulares, como para la pesca e industria forestal; y, en segundo lugar, los privilegios que se creaban eran especialmente para la autorización a

---

<sup>1</sup>J. A. Rocha, “La franquicia hoy”, en *Guía de la franquicia*, Valencia, Cámara Oficial de Comercio Industria y Navegación, 1992, p. 26.

<sup>2</sup>A. Bolea, *Los grandes de la franquicia*, Madrid, Editorial Ciencias Sociales, 1990, p. 22.

<sup>3</sup>Oswaldo J. Marzorati, *Sistemas de distribución comercial. Agencia Distribución. Concesión. Franquicia Comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 187.

particulares como las ferias y mercados. El propietario de la *franchise* tenía un derecho exclusivo de uso frente a terceros que pudieran interferirse.

La franquicia comercial como tal tuvo su inicio en el siglo XIX en los Estados Unidos de América; la empresa Singer Sewing Company, radicada en Stamford, Connecticut, decidió, en 1850, otorgar una serie de franquicias a empresarios independientes interesados en comercializar sus máquinas de coser. Ya en 1851 se autorizó a los agentes a vender sus productos Singer, incluyendo usar su marca en conexión con aquella actividad de comercialización; de esta manera los comerciantes lograron realizar elevados pedidos de venta a Singer, los mismos que la empresa no pudo cubrir por falta de capital para la fabricación de las máquinas. Así, Singer se vio en la necesidad de un cambio en su estructura de funcionamiento dada la novedad de su producto. Se consideró que, además de la venta de máquinas, debían enseñar a sus clientes el manejo de las mismas. Ante esta situación, se toma la decisión de abrir puntos de venta en régimen de franquicia, en los que se vendía y se enseñaba a usar las máquinas de coser, además de otros productos y servicios complementarios. En aquel momento se creó el primer sistema de franquiciatarios.

Desde el punto de vista jurídico, según lo manifiesta Sherman en su obra *Franchising and Licensing*, este modelo de contrato encierra la concesión de una licencia de marca o del uso de un nombre comercial, la autorización del uso de un *know-how* y la prestación de una asistencia técnica continua, principalmente en su faz

comercial y administrativa, por parte de un dador o franquiciante, todo ello dirigido al tomador o franquiciado.<sup>4</sup>

En España, mucho antes de legislar sobre este tema, se adoptó la palabra “franquicia” —utilizada en México— para denominar este contrato, el que fue considerado como un instrumento comercial.

“Cabe aclarar que en los Estados Unidos de América no existe el concepto de concesión comercial”<sup>5</sup> tal como lo han desarrollado la doctrina y jurisprudencia argentina, italiana o francesa. La concesión no se diferencia de una franquicia de producto, excepto en su forma de comercialización. El *franchising*, si bien es un sistema de distribución, presenta características propias. Así como al concesionario automotor en los Estados Unidos se lo denomina “*authorized franchise vehicle dealer*”, que en una traducción literal equivaldría a “concesionario autorizado de franquicia automotor”, pero que nosotros debemos traducir como “concesionario autorizado para la venta de vehículos”. “Ello agrega cierta imprecisión a la tecnología y ciertamente a la conceptualización de la figura.”<sup>6</sup> Este sistema de contrato se basó en la asociación de una empresa matriz y un conjunto de empresarios independientes que reciben, a cambio

---

<sup>4</sup> Andrew Sherman, *Franchising and Licensing*, New York, Amacon, 1991, p. 5.

<sup>5</sup> Hocsmán, *Contratos de concesión comercial*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 41: "Concesión comercial es la empresa que, dedicándose a la distribución comercial de productos de un fabricante determinado, deberá atender un mercado en forma exclusiva, o compartida, en forma limitada, encontrándose este sujeto a normas muy estrictas en su relación con el fabricante del producto y la atención de los consumidores o usuarios, debiendo continuar esta relación aun después de concretada la venta y de entregado el producto, dado que deberá atender las garantías y los *services* de mantenimiento hasta el fin de la propia vida del producto".

<sup>6</sup> Oswaldo J. Marzorati, *Franchising*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 3.

de una contraprestación financiera, el privilegio de explotar localmente el sistema de comercialización puesto a punto por el franquiciador.

La General Motors en Estados Unidos de América fue pionera en la adopción de la franquicia, y utilizó esta figura contractual como estrategia para expandir su red de distribuidores y, de ese modo, expandir las ventas a los distribuidores de los vehículos de su fabricación; esta fórmula nace en 1929 como efecto de las leyes antimonopolios existentes, “Antitrust”.<sup>7</sup> Posteriormente fue seguida por la cadena Rexall (*drugstores*)<sup>8</sup>, que buscó agrupar a las compras de un conjunto de almacenes para conseguir precios más ventajosos de sus proveedores. Las cadenas de comidas rápidas y supermercados adoptaron el mismo sistema de distribución comercial, como también lo hizo la compañía Coca-Cola, que empezó a otorgar franquicias para el embotellamiento de su producto. Pero el verdadero desarrollo de la franquicia comercial, como método para la expansión de los negocios de empresas de los más variados sectores se inició a principios del siglo XX, cuando los otros fabricantes norteamericanos de automóviles, emulando a la pionera General Motors, establecieron y ampliaron sus redes de distribución a través de franquicias otorgadas a comerciantes esparcidos por todo el país. Sucesivamente se enrolaron en el sistema empresas tan dispares como los supermercados Piggly Wiggly, Hertz Rent-a-Car y, en el rubro de comidas rápidas, A&W Root Beer.

---

<sup>7</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Ley\\_Clayton\\_Antitrust](http://es.wikipedia.org/wiki/Ley_Clayton_Antitrust): “La Ley Clayton Antitrust (en [inglés](#): Clayton Antitrust Law, también conocida como Clayton Act) fue una ley federal aprobada en [Estados Unidos](#) en [1914](#), para remediar las deficiencias en la ley anti[monopolios Sherman Antitrust](#) de [1890](#), la primera Ley Federal en contra de prácticas empresariales que perjudicaran a los consumidores ([monopolios](#) y pactos colusorios en contra de la competencia)”.

<sup>8</sup> *Drugstores* es un vocablo de origen anglosajón que sirve para designar una agrupación de las tiendas independientes situadas en un mismo edificio que venden diversos productos al público y que permanecen abiertas las 24 horas del día (incluso domingos y festivos).

En la década de los treinta en Estados Unidos, las compañías petroleras comenzaron a adoptar el sistema mediante la conversión de los puestos de gasolina, que dependían de forma directa del productor, en franquicias otorgadas a operadores locales. A fines de esa década, la franquicia ya había sido adoptada por innumerables empresas que operaban en diversos ramos, y estaba ya firmemente implantada en la economía norteamericana.

La gran expansión en materia de franquicia en Estados Unidos se concretó recién después de la Segunda Guerra Mundial, con el “business format franchising”. El sistema se convirtió en la respuesta más adecuada para personas con poca o ninguna experiencia en la conducción de empresas, sobre todo por la facilidad para obtener financiamientos especiales de la Small Business Administration, un órgano del Gobierno Federal que tenía como función estimular y viabilizar la implantación y la supervivencia de pequeños negocios. Algunos de los franquiciantes más renombrados en este modelo contractual expandieron velozmente sus actividades de franquicia en esa época, como Dairy Queen, Holiday Inn, Avis o Baskin-Robbins. Pero el hito que dio el verdadero auge al *franchising* fue la adopción de este sistema por parte de McDonald’s como medio para expandir su cadena de comidas de servicio rápido. Según cifras publicadas en la página web [www.franquiciadirecta.com](http://www.franquiciadirecta.com)<sup>9</sup>, McDonald’s cuenta con más de 30.000 franquicias alrededor del mundo.

Este sistema de evolución empresarial se fue expandiendo en América Central, en especial en México, aunque tardó un poco en aplicarse la franquicia debido a las

---

<sup>9</sup> <http://www.franquiciadirecta.com/top500/mcdonalds/2/1>

diferencias culturales existentes; sin embargo, desde la década de los noventa, la franquicia tiene un auge sorprendente, siendo así que en el año 1993 aumentó el número de los establecimientos franquiciados de 4.462 a 9.174. Siguiendo la tendencia, ya en 1995 el número de franquiciadores ascendía a 18.724 y en el 2002 existían 400 franquiciadores y 36.000 establecimientos; la reconocida cadena de comida rápida Taco Inn abrió más de 15 establecimientos durante 1994, donde estudió la posibilidad de expandirse a España y Estados Unidos. Así mismo lo hizo el gigante petrolero Petróleos Mexicanos, que comenzó con la conversión en franquicia de más del 50% de sus estaciones de servicio.

En Sudamérica, al igual que en América Central, por sus diferencias culturales, la franquicia tardó en llegar; sin embargo, actualmente ha puesto sus ojos hacia esta zona debido al crecimiento económico y a su proximidad geográfica. Sudamérica es una zona del mundo en la que se ofrece un escenario diverso para la franquicia y también es un mercado ya probado para este sistema. Como hemos visto en nuestro estudio, las cadenas de comida rápida son las primeras en liderar el mercado, no dejando de lado a las cadenas de servicios hoteleros, automovilístico, talleres de reparación, cosméticos, etc., que tienen un buen potencial. Así, países como Chile y Uruguay son los primeros en implementar la franquicia como una prueba antes de radicarse en el continente definitivamente.

Por otra parte, países como Brasil y Argentina poseen muchos consumidores y cierta riqueza. Son estados con una economía relativamente desarrollada y con ciertas

facilidades para la inversión extranjera. Un escenario un poco distinto es el caso de países como Perú, Colombia y Ecuador, ya que, debido a su inestabilidad política, económica e inseguridad jurídica, ofrecen un espacio más complicado para establecerse.

Otro ámbito de la franquicia se da en Europa, donde se presenta un menor desarrollo en comparación con Estados Unidos y Japón, pero no hay que dejar de lado que el avance de la franquicia es distinto entre los países europeos. Se estima que en Europa operan aproximadamente cuatro millones de cadenas de franquicias, y los países donde mayor importancia se le ha dado son España, Francia y Alemania.

En España la franquicia tuvo su origen en la década de los cincuenta del siglo XX en el campo automovilístico (Seat y Renault), y tuvo un auge con la introducción de cadenas franquiciadoras extranjeras, siendo la mayoría proveniente de Francia, y en menor proporción, las estadounidenses. Actualmente en España las cadenas de franquicias han aumentado increíblemente, siendo superior a las cadenas extranjeras, y también lo es para los franquiciados.

En Francia se conoce su pleno desarrollo en los años setenta del siglo XX, con marcas como Pingüino, Stemm, Pronuptia, Rodier y Levitan, siendo los franceses los líderes europeos de la franquicia: contaban en el año 1970 con treinta y cuatro franquicias. Francia sigue siendo uno de los países donde esta fórmula comercial tiene

una mayor importancia; se sitúan en la cabeza de los países europeos, particularmente en el número de franquiciados, ya que en el año 2009 superaron las 1.200 franquicias.<sup>10</sup>

Por el contrario, en Alemania ha tenido un menor desarrollo debido a la destrucción del país causada por la Segunda Guerra Mundial. La franquicia ha tenido que competir con otras formas de comercio modernas y de éxito, lo que ha restado su nicho de mercado, en comparación con otros países de estructuras comerciales más antiguas, pero en la actualidad se ha producido un gran desarrollo de la franquicia, que la sitúa en los primeros puestos a nivel de Europa.

La franquicia en Asia tiene una desigual presencia en cada país, pero el futuro es muy prometedor y va a estar condicionado al desarrollo político y económico que alcance ese continente. Japón es el país con mayor trascendencia para la franquicia dentro del continente; el origen data de los años sesenta del siglo XX. Ya en 1965 existían cinco empresas franquiciadoras registradas. Se considera que fueron dos medidas las que ayudaron a que se expandiera: la primera fue la aparición de una ley similar a la Royer francesa<sup>11</sup>, que reglamenta las grandes superficies; y la segunda, que el Ministerio de Industria y Comercio Exterior de Japón creara en 1972 la Japan Franchise Association, sindicato profesional encargado de promover el desarrollo de la franquicia en el país. Con estas providencias aumentó el número de empresas franquiciadoras de una manera espectacular.

---

<sup>10</sup> <http://www.ac-franchise.com/fr/actualite-affaires>, 27 de abril de 2011.

<sup>11</sup> Ley Royer en Francia, de 1973: “Las asociaciones regularmente declaradas como teniendo por expreso objeto estatutario la defensa de los consumidores, si son autorizadas a tal fin, pueden ejercer ante cualquier jurisdicción las acciones civiles relacionadas con los hechos que ocasionen un perjuicio directo o indirecto a los intereses colectivos de los consumidores” (Art. 46).

Un tinte muy distinto es el de África, donde la franquicia no está muy desarrollada debido a la pobreza y a la inestabilidad política y económica que se han convertido en una barrera para el desarrollo de este tipo de empresas. En algunos países como Marruecos, Egipto y Sudáfrica, ha tenido un cierto avance y esto se debe a la presencia de empresas de origen estadounidense o europeo, mas no locales.

En esas condiciones, la franquicia da su gran paso en la evolución comercial y contractual mundial, y de un sistema de distribución, y se fija como una necesidad para la sociedad. Como lo manifiesta el autor Joaquín Garrigues en su obra *Curso de derecho mercantil*:

El Derecho mercantil, como derecho desgajado de la rama común del Derecho Civil, nace en la Edad Media por consecuencia de especiales necesidades que exigieron un derecho especial destinado originalmente al comercio, las razones que impulsaron al nacimiento de este Derecho especial se agrupan en torno a la insuficiencia del Derecho Civil y a su inadaptación a exigencias técnicas que inicialmente fueron del comercio.<sup>12</sup>

Esta razón de origen fue dando al Derecho Mercantil particularidades propias que lo alejaron de los principios del Derecho Civil para convertirlo en una rama autónoma del Derecho Privado, que notablemente ha ido ampliando su campo de aplicación a medida que la actividad económica abarca materias más allá del comercio, como actividad de origen de esta rama jurídica.

---

<sup>12</sup> Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, México, Editorial Porrúa, 1979, p. 29.

## **RANGOS EVOLUTIVOS DE LA FRANQUICIA EN EL ECUADOR**

La franquicia es un negocio donde el éxito y menor riesgo de fracaso existe actualmente, y de la misma manera su crecimiento y expansión hacia otros países. Ecuador no ha sido la excepción, y también optó por trabajar bajo esta figura empresarial; por ejemplo, la reconocida lavandería de ropa Martinizing, que es de origen norteamericano, revolucionó con su técnica de lavado de ropa en seco y en una hora. Esta compañía abrió su primer local el 8 de marzo de 1967, situado en la Av. Colón y Rábida, en la ciudad de Quito, en el cual se atendía con la ayuda de ocho empleados. De esta manera Martinizing comenzó su expansión empresarial y actualmente tiene alrededor de 170 locales y 480 empleados en todo el país; esto nos demuestra que este tipo de figura empresarial sí funciona.

Consecutivamente llegaron a Ecuador otras franquicias como Kentucky Fried Chicken (KFC) en 1975; Pizza Hut, en 1982; Burger King, en 1986; McDonald's, en 1997. Actualmente se estima que en Ecuador existen unas 165 franquicias extranjeras.

Por otra parte no solo la empresa extranjera ha sido quien ha crecido bajo esta modalidad en el Ecuador, sino también la empresa nacional, como es el caso de Koktlitos, que nació en la ciudad de Guayaquil en el año 1983. El concepto de esta empresa es la comercialización de distintas variedades de cócteles, pero, a diferencia de Martinizing, no se expandió inicialmente como una franquicia, sino como sucursal en 1985 en la ciudad de Salinas hasta lograr tener sucursales en de Quito, Cuenca y

Ambato. En el año 2005 inició su proceso de franquicia con un primer local en la ciudad de Loja y Portoviejo. En la actualidad Koktlitos tiene 12 locales con los cuales genera fuentes de empleo.

De la misma forma se han ido incrementando franquicias de empresas ecuatorianas como La Tablita del Tártaro, que nace en 1996 en la ciudad de Quito, con un sentido innovador de comida rápida y sana a la parrilla, enfocada en los patios de comida de los centros comerciales; así, la necesidad de expandirse llevó a esta empresa a venderse como franquicia a nivel nacional.

Estos ejemplos de empresas que han adoptado la figura de la franquicia como parte del sistema comercial en el Ecuador demuestran que se está avanzando en una estructura contractual que no está específicamente normada o incluida en nuestros cuerpos legales. Pese a este inconveniente, nos hemos acogido a las experiencias y ventajas que nos brinda el *franchising* al conservar estatutos de comerciantes independientes. Esta vinculación se revela como un instrumento de formación de una unidad económica, de empresas en cuyo seno cada uno de los miembros acrecienta su fuerza en la unidad, y, a su vez, al no enajenar su independencia, evita grandes inversiones de capital, la transferencia de responsabilidades y todo con respecto al trámite privado.

Los actos económicos de interrelación entre quienes producen y comercializan los bienes o servicios y aquellos que los consumen o insumen necesitan de una

regulación por parte del Estado, como depositario de la atribución de diagramar el marco legal.

## CAPÍTULO II

### CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA FRANQUICIA

#### **2.1. CONCEPTO DE FRANQUICIA:**

Por efectos de la globalización y la expansión de mercados y de la producción masificada, se han ido incrementando nuevos contratos de colaboración empresarial. Las modernas técnicas de mercadeo y distribución comercial incluyeron a dicho contrato de colaboración denominándolo *franquicia* o, en inglés, *franchising*. Esta figura de contrato, desde su aparición a principios de los años veinte, ha tenido un acelerado progreso, tanto así que no se ha conocido la magnitud de fronteras o barreras políticas, económicas o culturales a la que no haya podido llegar, desde sistemas económicos de libre mercado hasta dictaduras: “Los consumidores están en todas partes”<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Fabián López Guzmán, *El contrato de franquicia*. Conferencia inédita presentada en el Diplomado de Contratos Civiles, Comerciales, Estatales y Responsabilidad Patrimonial del Estado, organizado por la Asociación Boyacense de Derecho Público, 2001, p. 390.

Mi propósito es identificar elementos de la franquicia que sean útiles para resolver los problemas que se puedan causar entre las partes o frente a terceros, para lo cual se necesita de un concepto normativo, del que provengan reglas jurídicas.

En la doctrina argentina se han dado definiciones descriptivas del fenómeno socioeconómico producido por la franquicia<sup>14</sup>, o relativas al sistema de contratos, sin que exista hasta el momento una definición legal. En otros casos se reproducen definiciones dadas en obras maestras, pero que sufre la erosión del paso del tiempo.

Son incontables las definiciones que los autores han tratado sobre este tema. Hoy en día, en Estados Unidos y Europa se ha producido una extensa literatura que nos llevaría estudiarla varios años para poder llegar a una clara lectura.

---

<sup>14</sup> Gastaldi y Centenaro, en su ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, dicen: “ En particular —como una suerte de concepto descriptivo— podemos decir que este contrato coloca a las partes en una situación de interdependencia, pues el dador del *franchising*, llamado *franchisor* (franquiciante) otorga al tomador o *franchisee* (franquiciado) una serie de facultades para la comercialización de determinados bienes y servicios, entre las que se incluyen la transferencia del *know-how*, utilización de marcas (insignias, leyendas, etc.), pertenencia a una red comercial con presencia en el mercado y de reconocido prestigio; mediante las que el franquiciado promoverá dicha comercialización, contando con la asistencia técnica y colaboración permanente del franquiciante —pero también bajo su control— sin que ello perjudique la autonomía e independencia jurídico-funcional de las partes. A cambio de ello el franquiciante obtendrá una compensación, que puede consistir en una canon periódico, una participación en las ganancias, en el producido, o mediante cualquier estipulación al respecto”. (Bekerman, Jorge, y Martorell, Ernesto, *El franchising una nueva modalidad contractual*, en L.L. 1986-C -950). Oswaldo J. Marzorati, en *Sistemas de distribución comercial*, Buenos Aires, Editorial Astrea, p. 207, dice: “En su concepción dinámica y evolucionada, la franquicia comercial, llamada *Business Format Franchising*, es un contrato de empresa por que el se transfiere un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.”

No sucede lo mismo en Latinoamérica, donde el aporte bibliográfico es diminuto; un ejemplo muy cercano lo tenemos en Colombia, donde su estudio sobre el tema es muy exiguo<sup>15</sup> y, a pesar de haber transcurrido más de cien años desde la aparición de esta figura en el ámbito comercial y de los negocios internacionales, en este país no se ha dado el tratamiento merecido a este tema, ya que se siguen utilizando las figuras clásicas de los contratos; por esta razón, aumenta la importancia del estudio de negocios actuales, como el de la franquicia; el *joint ventures* es escaso. Hoy este tipo de negocios son los más utilizados en el comercio en la actualidad, como el de una compraventa de un bien raíz, traspaso de dominio de un establecimiento comercial y hasta del mismo comodato<sup>16</sup>.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>17</sup> manifiesta que la franquicia es “una exención que se concede a una persona para no pagar derechos por las mercaderías que introduce o extrae, o por el aprovechamiento de un servicio público”. Esta definición se acopla con su evolución en la edad media:

---

<sup>15</sup> Las obras que se han tratado son: Antonio Vanegas Santoro, *El contrato de franquicia*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999; Cesar Torrente Bayona, Héctor Rubén Galindo Vanegas y Sandra Alturo García, *Las franquicias*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1995. Aparte de estos trabajos tan interesantes, se han escrito capítulos dedicados al tema en las siguientes obras: Marco Antonio Velilla Moreno, *Introducción al derecho de los negocios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001; Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles*, tomo II, *Contratos atípicos*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1998; Gerardo José Ravassa Moreno, *Derecho comercial, Bienes mercantiles*, tomo I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001; Lisandro Peña Nossa, *De los contratos mercantiles*, Bogotá, Ecoe Ediciones, 1996; Fabián López Guzmán, *Contratos internacionales de transferencia de tecnología. El know how*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002; José Ignacio Narváez García, *Obligaciones y contratos mercantiles*, Bogotá, Legis Editores, 2002.

<sup>16</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 2077: Definición.- “Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.”

<sup>17</sup> *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, Tomo I, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1992, p. 993

El término franquicia no es nuevo, se lo puede encontrar varias décadas atrás cuando en Francia se otorgaban privilegios y autorizaciones en relación con servicios militares, recaudación de impuestos y derechos territoriales. Los soberanos necesitados de servicios y financiamientos recurrían a particulares, los cuales tenían la obligación de entregar una parte de los importes obtenidos a sus soberanos. La idea de autorización y privilegio persiste, y en época moderna reaparece con las prácticas comerciales actuales.<sup>18</sup>

Marta Chervin De Katz afirma: “El término *franc*, en francés antiguo, significaba: el otorgamiento de un privilegio o de una autorización que el soberano le concedía a alguno o algunos de sus súbditos, referidos a derechos de mercado, pesca o forestales. La primera carta de franquicia que se conserva está fechada en el municipio de Chambery (Francia) en marzo de 1232.<sup>19</sup> Por otro lado, Juan Marie Farina<sup>20</sup> nos ofrece la siguiente noción conceptual sobre la franquicia:

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

Refiriéndome al Derecho Comparado, la franquicia es una forma distributiva de orden internacional, que no surge de los ordenamientos internos, sino que se impone a

---

<sup>18</sup> Modesto Bescós Torres, *La franquicia internacional, la opción empresarial de los años noventa*, España, Extecom, 1989, p. 15.

<sup>19</sup> Marta Chervin De Katz, *¿Qué es el Franchising?*, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1995, p. 7.

<sup>20</sup> Juan Marie Farina, *Contratos Comerciales Modernos*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, p. 477

ellos. Por esta razón es importante mencionar brevemente las definiciones, adoptadas por las leyes de diferentes países y la doctrina internacional<sup>21</sup>.

En Estados Unidos hay numerosas regulaciones que se concentran en diversos aspectos, a modo de ejemplos conocido se pueden mencionar los siguientes:

*Minnesota Franchise Statute*: “Se refiere a que es una relación comercial continua creada por un acuerdo o acuerdos por el cual: a) una persona ofrece, vende o distribuye a cualquier persona diferente, bienes, mercaderías o servicios que están identificados por una marca, marca de servicio, nombre comercial, publicidad o cualquier otro símbolo comercial designado por el dador, y b) el franquiciante ejerce o tiene autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método de operación del franquiciado, incluyendo pero no limitando a la organización de negocios del franquiciado, su actividad o actividades”.

*California Franchise Investment Law*: “Franquicia significa acuerdo o contrato, explícito o implícito, oral o escrito, entre dos o más personas por el cual: a) al franquiciado se le concede el derecho de actuar en el mercado de oferta, venta, o distribución de bienes o servicios siguiendo un plan de ventas o sistema diseñado en forma sustancial por el franquiciador; b) las operaciones del negocio franquiciado que desarrolle dicho plan o sistema son asociadas sustancialmente con el nombre comercial, marca, marca de servicio, logotipo, publicidad u otro símbolo comercial representativo del franquiciador o sus afiliados, y c) se requiere al franquiciado a pagar directa o indirectamente un canon de franquicia”.

---

<sup>21</sup> Esperanza Gallegos Sanchez, *La franquicia*, Madrid, Editorial Trivium, 1991, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 668.

*New Jersey Franchise Practices Act*: “Franquicia significa un acuerdo escrito, por periodo definido o indefinido, en el cual una persona concede a otra una licencia para el uso de un nombre comercial, marca comercial, marca de servicio, o distintivos similares y en el que existe una comunidad de intereses en la comercialización de bienes o servicios al por mayor, al detalle, por arrendamiento, convenio, o cualquier otra manera”.

En Estados Unidos, y en el orden nacional, la *Federal Trade Commission* reguló algunos aspectos del contrato y dio unas extensas indicaciones al respecto, porque opta por eludir una definición abstracta. Abreviando un poco esta definición, tenemos que: se establece que es cualquier relación comercial continua, es decir, un vínculo de duración; se requiere fin de lucro, con lo que quedan excluidas las personas jurídicas que no lo persiguen, como asociaciones, fundaciones, cooperativas; se fija un piso mínimo, ya que son excluidas las pequeñas franquicias que pagan un *royalty* mínimo; se excluyen los supuestos en los que la franquicia es parcial, puesto que el franquiciado tiene un negocio en el que incorpora alguna parte del mismo con franquicia; se aclara que la distribución se refiere a productos o servicios que son identificados por una marca, un nombre o una publicidad; además, el franquiciado está obligado a responder al *standard* de calidad exigido por el franquiciante y a operar bajo su nombre comercial; el franquiciante tendrá un grado significativo de control sobre el método operativo del franquiciado, incluyendo la organización del negocio, las actividades promocionales, las decisiones gerenciales, el plan de comercialización, y, por último, el franquiciante ofrece también asistencia técnica.

En Chile, la doctrina ha dicho que es un contrato en virtud del cual una de las partes —*llamada franchisor*— se obliga a ceder a la otra —*llamada franchisee*, respecto de quien es jurídicamente independiente— el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativo de un producto o de un servicio, o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio, y a prestarle asistencia, quien a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho.

El sistema de franquicia, por otra parte, también se puede definir como un sistema de cooperación, es decir, un sistema cooperativo (no debe confundirse con las cooperativas). El concepto de cooperación ha evolucionado en paralelo al de los sistemas de distribución. Actualmente la cooperación en los canales de distribución conlleva la búsqueda de objetivos comunes de los miembros del canal, coordinación entre los integrantes del canal, relaciones estables o a largo plazo, compromiso y confianza entre las partes, colaboración, a riesgos, ausencia de conflictos, búsqueda de eficacia y, fidelidad, etc. Por tanto, la franquicia, que siempre ha utilizado en su definición la palabra cooperación, no debe ser ajena, ni de hecho lo es, a estos planteamientos. La franquicia, como forma moderna de comercio, siempre ha estado en vanguardia y, por consiguiente, debe mantener esa posición. Para ello debe impulsar y seguir todos los movimientos que sirvan para el desarrollo del comercio y de la sociedad en la que se inserta y a la que ofrece sus servicios.

Las definiciones desarrolladas en estatutos legales han proliferado en el mundo jurídico occidental y sería poco útil reproducirlas. En cambio, es relevante indicar que

muchas diferencias entre ellas no significa que consideren al contrato ontológicamente distinto, sino que se concentran en un aspecto regulatorio disímil de esta figura.

Si reconocemos que el análisis conceptual recopilado en este acápite determina la intervención de dos o más sujetos contractuales con la expresa manifestación de voluntad y consentimiento para llevar adelante una modalidad de cooperación comercial, sin intentar minimizar las definiciones anteriores, estimo que la definición dada por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado UNIDROIT es la más completa:

Una operación de franquicia es una relación contractual entre un franquiciante y un franquiciado, en la cual el franquiciante ofrece o es obligado a mantener un interés permanente en el negocio del franquiciado, en aspectos tales como el *know how* y la asistencia técnica. El franquiciado opera bajo un nombre comercial conocido, un método y un procedimiento que pertenece o que es controlado por el franquiciante, en el cual el franquiciado ha hecho o hará una inversión sustancial en su propio negocio o en sus propios recursos.<sup>22</sup>

#### 2.1.1. DEFINICIÓN JURIDICA DE LA FRANQUICIA:

A nivel doctrinal, en Derecho Comparado no existe una aceptación sobre la definición de franquicia. Las conceptualizaciones jurídicas o las caracterizaciones económicas no son uniformes<sup>23</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista económico, no cabe duda alguna de que la franquicia es un método o sistema vinculado a la comercialización de productos o servicios. El franquiciante tiene un producto o un servicio probado, que ha

---

<sup>22</sup> UNIDROIT, Study LXVIII, Doc. 1, *The Franchising Contract. Preliminary Study*. Sobre la situación en Derecho Comparado, 1986.

<sup>23</sup> Oswaldo J. Marzorati, *Franchising*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 1.

acreditado un nombre comercial y un sistema para desarrollar un negocio que sabe que llena una necesidad del mercado consumidor.

*La definición contenida en el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de España. (Ver Anexo 1)*

La promulgación de la Ley 7/1996, de 17 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista de España (LOCM), dio lugar a la aprobación de una nueva definición del acuerdo de franquicia por parte del ordenamiento jurídico español. Artículo 62: “La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”.

Oswaldo J. Marzorati<sup>24</sup> ensaya una definición jurídica de la franquicia:

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

---

<sup>24</sup> Oswaldo J. Marzorati, *Franchising*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, p. 5.

El Comité Belga define a la franquicia como un sistema de colaboración entre dos empresas diferentes pero ligadas por un contrato en virtud del cual una de ellas concede a la otra, mediante el pago de una cantidad y bajo condiciones bien determinadas al derecho de explotación, un marco o una fórmula comercial representadas por un símbolo gráfico o un emblema, y asegura al mismo tiempo una ayuda y unos servicios regulares destinados a facilitarle esta explotación.<sup>25</sup>

Si bien es cierto que resulta imposible encontrar definiciones jurídicas de la franquicia que manifiesten la unificación de una legislación de carácter universal en la que se revele un consenso para definir a este modelo de contrato, sí es relevante que la franquicia como tal ha traspasado todas las fronteras económicas y jurídicas de los continentes, independientemente del orden económico y político estatuido en cada uno de los estados, puesto que desde la Europa Oriental —donde hace algunas décadas el socialismo era el modelo económico que reinaba—, las grandes marcas franquiciantes ya habían tomado un pequeño espacio del mercado, como es el caso de la famosa cadena de comida rápidas McDonald's y de la misma Coca Cola.

En la obra *El contrato de franquicia internacional*, escrita por Fabián López Guzmán, se extrae una definición del Código Deontológico Europeo de la Franquicia en el que se la define como “modelo de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independiente e iguales: de una parte, una empresa franquiciadora y, de otra parte, uno o varios empresarios franquiciados”. Por lo que respecta a la empresa franquiciadora, supone:

---

<sup>25</sup> Comité Belga de la Distribución, *Franchising*, Barcelona, 1973.

1°. La propiedad de una razón social, de un nombre comercial, de siglas o símbolos, eventualmente una marca de fábrica, de comercio o de servicios, así como de una técnica, sistema o procedimiento puestos a disposición de los franquiciados. 2°. El control de una serie de productos o servicio presentados en una forma original y específica y que deben ser obligatoriamente aceptados y utilizados por los franquiciados, basados en conjunto de técnicas comerciales específicas que han sido experimentadas con antelación y que son continuamente desarrolladas y verificadas en cuanto a su valor y eficacia.<sup>26</sup>

En la búsqueda de las definiciones jurídicas de este instrumento, se debe señalar el desarrollado por la jurista Sonia Maldonado Calderón en su libro *Contrato de Franchising*, donde define el Franchising en virtud del cual una de las partes (llamada *franchisor*) se obliga a ceder a otra (llama *franchisee*), respecto de quien es jurídicamente independiente, el uso de una marca, de un nombre o de un emblema representativos, de un producto o de un servicio o ciertas técnicas o métodos estandarizados de comercializar ese producto o servicio y a prestarle asistencia, quien, a su turno, se compromete a remunerarlo y a observar sus directivas en el ejercicio de su derecho.<sup>27</sup>

En el desarrollo y evolución de la franquicia encontramos la incorporación de elementos que son propios de la naturaleza económica, tecnológica y jurídica de la sociedad. Su dinámica establece las relaciones de los sujetos intervinientes en este contrato. Hoy puedo encontrar que la transferencia de la relación comercial implica la de un servicio de una marca y un símbolo a cambio de un pago por derecho de entradas o regalías, cuya apreciación por su carácter de intangible, a mediados del siglo XX,

---

<sup>26</sup> Fabián López Guzmán, *El contrato de franquicia internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 169.

<sup>27</sup> Sonia Maldonado Calderón, *Contrato de Franchising*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, p. 58.

resultaba muy poco admisible por sus costos, por lo que el desarrollo de esta ha tenido que madurar en el tiempo.

En la obra *El contrato de franquicia*, de Javier Arce Gargollo, este investigador propone como definición jurídica del contrato de franquicia lo siguiente:

El contrato de franquicia es aquel por el que el franquiciante otorga al franquiciatario la licencia de uso de una marca con el derecho a distribuir ciertos productos o a explotar con cierta exclusividad, una empresa o negociación mercantil de bienes o servicios, en ambos casos, mediante la transmisión de conocimientos técnicos y el uso de marca (s) y nombre (s) comercial (es) a cambio de una contraprestación generalmente ligada a los resultados de la operación de la negociación.<sup>28</sup>

El Tribunal de Defensa de la Competencia Española (TDC), por su parte, ha tenido la oportunidad de dictar resoluciones relacionadas con acuerdos de franquicia. Estoy convencida de que el contrato de franquicia es una figura escindida del contrato de concesión y que, como este, responde a la finalidad de facilitar de modo estable la distribución de bienes o servicios mediante la organización de una red que cubra de forma más o menos amplia el mercado. El contrato consiste en que un empresario, franquiciador, sitúa a otro, franquiciado, en una explotación económica con un nombre comercial determinado, a cambio de una contraprestación económica. El primero se compromete con el segundo a comunicarle ciertos métodos comerciales y le otorga la posibilidad de gozar de signo distintivo, así como la de colaborar con él prestándole asistencia y supervisión. El segundo se obliga a mantener un cierto nivel de calidad e

---

<sup>28</sup> Javier Arce Gargollo, *El contrato de franquicia*, México D.F., Editorial Themis, 1997, p. 39.

incluso a adquirir del franquiciador los elementos necesarios propios de la explotación que ha sido cedida.

## **2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA FRANQUICIA**

Después de la correspondiente conceptualización de la franquicia, ahora debo insertar el contrato de franquicia con base en los existentes contratos notables en nuestra literatura jurídica actual.

Se lo encuentra como un *contrato mercantil de colaboración empresarial, no formal, atípico, mixto, complejo, oneroso, bilateral, de adhesión y de tracto sucesivo.*

La característica de atípico está dada porque no se encuentra expresamente reglamentado por el legislador en ningún cuerpo normativo; son las partes las que por medio de lo estipulado en el contrato le hacen producir efectos legales y se obligan a cumplir ciertas prestaciones. Se determina que es mixto, en razón de que está constituido por la unión y adición de contratos de diversa naturaleza. La franquicia, desde luego, es un contrato oneroso, porque ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. Por la naturaleza jurídica de los sujetos intervinientes, este contrato es bilateral, porque por una parte hay un franquiciante y, por otra, un franquiciado, con lo que se concluye la existencia de dos sujetos contractuales, cuya intervención le da la naturaleza de la bilateralidad. Por último, el contrato de franquicia se considera de adhesión porque las cláusulas contractuales son redactadas por el franquiciante, quien es el propietario de la marca, de bien, del servicio, del *know how*, etc., que autoriza su uso a la otra parte llamada franquiciado, quien se adhiere libre y voluntariamente al texto íntegro del contrato.

La legislación ecuatoriana reconoce la libertad contractual, en la cual se da la posibilidad de celebrar contratos estructurados por el ordenamiento legal, es decir, que el objeto y la causa sean lícitos, y que los derechos y obligaciones constantes en el instrumento contractual no se contrapongan ni a la constitución ni a la ley. El ejercicio del consentimiento para obligarse, o para ejercer derechos, debe ser la expresión de la voluntad manifestada de forma libre y voluntaria en el documento llamado contrato. De esta manera, el artículo 1453 del Código Civil Ecuatoriano manifiesta: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; (...)” Jurídicamente, las legislaciones han reconocido al sistema contractual de franquicia como mixto, catalogándolo como una adición o afinidad en un solo contrato, con diversas formas contractuales.<sup>29</sup>

En relación a lo expresado en líneas anteriores, dependiendo el objeto del contrato de franquicia, se pueden mencionar la existencia de los siguientes:

- Contrato de licencia de marca.
- Contrato de licencia de *know how*.
- Contrato de distribución exclusiva.
- Contrato de compra exclusiva.
- Contrato de aprovisionamiento.
- Contrato de prestaciones.

---

<sup>29</sup>Fernando Sánchez Calero, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1991, p.129.

## **2.3. ELEMENTOS JURÍDICOS DE LA FRANQUICIA**

Para que el contrato de franquicia obtenga su validez, como cualquier otro contrato, debe cumplir con los siguientes requisitos como lo señala el artículo 1461 del Código Civil Ecuatoriano<sup>30</sup>:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que se consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

### **2.3.1. CONSENTIMIENTO**

El consentimiento es considerado jurídicamente como uno de los cuatro requisitos esenciales que debe reinar en todo contrato. En materia contractual y en Derecho Mercantil, este elemento tiene que ser inobjetable, de tal manera que no se pueda alegar en el futuro la existencia de vicios que anulen la eficacia jurídica del contrato por falta del requisito esencial.

---

<sup>30</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 1461, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Guillermo Cabanellas, en su obra *Diccionario de derecho usual*, define al consentimiento como: “el acuerdo deliberado, consiente y libre de la voluntad respecto a un acto externo, querido, libre y espontáneamente, sin cortapisas, ni vicios que anulen o destruyan la voluntad”<sup>31</sup>.

Hay una voluntad que ofrece transmitir o adquirir un derecho, modificar una situación jurídica preexistente, o extinguirla, y esta voluntad, cuando reúne determinados requisitos, se llama oferta; hay otra voluntad receptista de esta que asiente con ella y se denomina aceptante o aceptación al hecho pertinente. Ambas voluntades deben ser recíprocas, coincidentes y simultáneas, porque es en este último momento en que se forma el contrato y existe el consentimiento. Este consentimiento puede ser manifestado de manera *tácita o expresa*.

De forma tácita es cuando se presupone o se autoriza a presumirlo, como por ejemplo, la cesión de deudas, o cuando me subo a un transporte público y pago mi pasaje; y expresa tiene que ser de manera escrita, ya sea por medios electrónicos o cartas físicas.

El consentimiento es un requisito esencial de la voluntad y conciencia del sujeto contractual, y también puede sufrir agresión a sus principios y naturaleza, lo que el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1467 lo determina: “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza, dolo”<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario de derecho usual*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Omeba, 1962, p. 480.

<sup>32</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 1467, R.O. N° 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Error: Pude ser de derecho<sup>33</sup> o error de hecho<sup>34</sup>.
- Fuerza: “No vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge, o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable o grave (...)”<sup>35</sup>
- Dolo: “No vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado (...)”<sup>36</sup>

### 2.3.2. CAPACIDAD LEGAL

El segundo inciso del artículo 1461 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano manifiesta: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”; es decir, que la capacidad es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones.

### 2.3.3. CAUSA Y OBJETO LÍCITO

Se concibe a este elemento como el fin inmediato y concreto que impulsa a las partes a contratar. Vemos que en este caso se identifica con su función económica. Se refiere a obligaciones de cualquier origen enunciando el principio general de “no hay obligación

---

<sup>33</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 1468, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>34</sup> Código Civil Ecuatoriano, Arts. 1469, 1470, 1471, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>35</sup> Código Civil Ecuatoriano, Arts. 1472, 1473, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>36</sup> Código Civil Ecuatoriano, Arts. 1474, 1475, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

sin causa”, y luego las distintas *causas*: expresa o tácita, verdadera o falsa, lícita o ilícita, rentes de los contratos<sup>37</sup>.

Y cuando nos referimos a la *causa lícita*, el artículo 1483 del Código Civil Ecuatoriano<sup>38</sup> refiere: “No puede haber obligación sin una causa real o lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público (...)”.

Los contratos, como elementos, tienen o pueden tener por objeto todo aquello que puede serlo de los actos jurídicos en general. Por eso se dice “objeto jurídico” o que pueda tener la protección jurídica. Aquellos objetos que no son jurídicos, como los que dan origen a las obligaciones llamadas imperfectas, o los llamados inherentes a las personas, solo podrán ser objeto de los contratos cuando caigan en el ámbito del Derecho y gocen de su protección ya sea directa o indirectamente. El objeto directo del contrato es la creación o transmisión de derechos y obligaciones reales o personales.

El objeto indirecto está representado por la cosa, el hecho o la abstención, es decir, la prestación positiva o negativa. El artículo 1476 del Código Civil Ecuatoriano nos dice: “Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer, o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Enciclopedia Jurídica *OMEBA*, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 125.

<sup>38</sup> Código Civil Ecuatoriano; Art. 1483; R.O. N° 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>39</sup> Código Civil Ecuatoriano; Arts. 1476; R.O. N° 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

En lo que se refiere a la declaración de la cosa que se debe dar, se refiere a la cosa que debe existir en la naturaleza. Sin embargo, nuestro Código Civil manifiesta: “no solo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género (...)”<sup>40</sup>

En la declaración de voluntad de hacer o no hacer en el contrato, deben ser posibles física y moralmente. *Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza; y moralmente imposible lo contrario a lo prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres.*

#### 2.3.4. VOLUNTAD

En razón de la aceptación del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, las partes pueden celebrar las convenciones que deseen, aun cuando no estén reguladas en la ley, con la única condición de que sean lícitas. Refiriéndose a esta autonomía de la voluntad, el tratadista Borja Soriano señala:

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su pie de igualdad, y poniéndose de acuerdo unos contratantes contra otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público. Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el artículo sexto del Código Napoleón, en el artículo 15 del Código de 1884, y en el artículo sexto del Código de 1928, según el cual: “la voluntad de los particulares no pueden eximir la observación de la Ley, ni alterarla ni modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten

---

<sup>40</sup>Código Civil Ecuatoriano; Art. 1477; R.O. Nº 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.” Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aun pueden convenir en lo que sea contrario a una ley, si ésta no es de interés público, sino solo supletoria de la voluntad de las partes.

La doctrina de la autonomía de la voluntad, en su postulado esencial, pone en claro que la voluntad de los individuos es libre para crear derechos y obligaciones acorde con sus conveniencias, pues la voluntad tiene autonomía para ello y muy especialmente en materia contractual y en lo que se refiere al derecho de propiedad. De acuerdo con esta afirmación, el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano manifiesta: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales”<sup>41</sup>.

Borja Soriano en su obra citada expresa:

Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido, sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esta autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha, del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes, y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Código Civil Ecuatoriano; Art. 1561, R.O. N° 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>42</sup> Manuel Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, Novena Edición, México D.F., Porrúa, 1984, p. 123.

En definitiva, el límite de la autonomía de la voluntad son la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público.

### 2.3.5. FORMALIDADES LEGALES

Como consecuencia de la validez jurídica de un acto, este requiere cumplir con ciertas solemnidades, o formas especiales diferentes a las que deriven de la naturaleza misma del acto, esto es: las solemnidades naturales.

El formalismo, en todo caso, es un principio que procura que la expresión de voluntad de las partes contratantes se plasme en un documento y que se cumplan requisitos de publicidad para que el acto jurídico exista, sea válido o genere plenos efectos. El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1459 expresa: “El contrato es real cuando para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”<sup>43</sup>.

Para llegar a un mejor análisis de los contratos antes mencionados se dice que el contrato es consensual cuando se perfecciona por el mero acuerdo de las voluntades; es decir, las partes pueden recurrir a la palabra, a la escritura, o medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, o bien, a ciertos hechos o actos que presuman o autoricen a presumir el consentimiento. La regla es que si no se impone ninguna formalidad expresa, el contrato es consensual.

---

<sup>43</sup> Código Civil Ecuatoriano; Arts. 1459, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

El contrato es formal cuando requiere ser realizado de manera escrita. Su inexistencia no afecta la validez jurídica del acto humano, sino las consecuencias jurídicas que produce, esto es: la propia inexistencia del escrito y de su publicidad.

Al exigir que el contrato de franquicia sea por escrito, la ley positiva tiene como objetivo, dice Enneccerus, “proteger contra la precipitación, la mayor seguridad de la conclusión del negocio y del contenido del mismo, así como facilitar la prueba, y, a veces también, la posibilidad de que sea conocido por terceras personas”<sup>44</sup>. Así, el contrato de franquicia es formal por ser escrito y a su vez público, y sus firmas pueden ser reconocidas ante Juez de lo Civil o Notario Público; o ser elevado a escritura, formalidades legales que fortalecen la seriedad, transparencia y eficacia del contenido de este instrumento contractual.

Determinados contratos exigen el cumplimiento de solemnidades que refieren a ciertas formalidades especiales, cuya inobservancia no generaría validez jurídica alguna, por ejemplo, la tradición de un bien inmueble por contrato de compraventa debe ser mediante escritura pública. En el caso del contrato de franquicia es de trascendental importancia que, además de ser reducido a escrito, debería tener el revestimiento de una solemnidad como es suscrito y otorgado ante Notario Público, de tal manera que los derechos y obligaciones expresados puedan surtir los efectos civiles, siempre y cuando la ley de la materia así lo determine.

---

<sup>44</sup> Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil*, Tomo I, vol. 2, p. 90

El contrato solemne se diferencia de los contratos formales en lo referente a la sanción, la falta de forma origina la nulidad relativa; la falta de solemnidad ocasiona la inexistencia.

#### **2.4. CAPACIDAD LEGAL PARA OBLIGARSE**

La capacidad es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Como vimos al inicio de este título, el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano, en su inciso segundo, señala: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. Es así que la mencionada Ley dice, en su artículo 1462, que “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declare incapaces”.

Existen dos clases de capacidad: *de goce y de ejercicio*. La capacidad de goce es la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, la tiene todo individuo por el hecho de ser persona. La capacidad de ejercicio es la facultad de la persona para actuar, ejercitar sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y cumplirlos por sí misma, y la tienen quienes han llegado a su mayoría de edad y están en pleno uso de sus facultades mentales.

## 2.5. FRANQUICIADOR

Como hemos analizado hasta ahora, un contrato es entre dos partes, y el de franquicia no es la excepción, participan dos sujetos llamados franquiciador y franquiciado, respectivamente, de acuerdo a su calidad jurídica dentro del contrato de franquicia.

El primer interviniente de este vínculo contractual es el franquiciador, quien debe ser un empresario que utiliza esta forma comercial para el desarrollo de su negocio. El crecimiento de una empresa es la razón principal para llegar a convertirse en franquiciadora; así también una empresa puede conseguir dos estrategias distintas o contrapuestas para dicho crecimiento.

Una de estas estrategias es la llamada *sucursalismo*, donde el mismo dueño de la empresa y con su propio capital decide expandirse mediante sucursales. Pero este tipo de estrategia conlleva un poco de riesgos personales y un lento crecimiento. Por otra parte tenemos a la *franquicia*, que es todo lo contrario: la expansión se la realiza con capital ajeno, y el riesgo no es personal sino del franquiciado, y no depende laboralmente del franquiciador, y su crecimiento es rápido.

El franquiciador es un negociante que quiere comercializar de forma controlada sus productos, el modelo estructural de establecimiento comercial, de los servicios, de hotelería, o de restauración.

A su vez, para llegar a ser un franquiciador se deben reunir las siguientes condiciones:

- Ser propietario de uno de sus derechos de marca, logotipos, signos distintivos, “saber hacer”, etc.
- Tener prestigio o reputación por las marcas que comercializa, por la calidad de sus propios productos o servicios, por la tecnología empleada, etc.
- Haber alcanzado el éxito en su actividad. Previamente a la puesta en marcha de la franquicia, se debe haber explotado y comprobado con éxito el concepto de negocio en una o varias unidades denominadas unidades pilotos.
- Disponer de una experiencia sólida, la experiencia se da por la antigüedad o número de años en el ejercicio de la actividad con resultados satisfactorios.
- Debe dedicar recursos humanos y financieros a la investigación y desarrollo que aseguren el mantenimiento de las ventajas competitivas de su concepto.
- Crear una central de franquicia, es decir, disponer de una organización adecuada que permita el crecimiento de la cadena y la atención de sus franquiciados.
- Objetivo de crecimiento. Deseo de expandirse utilizando la franquicia.

## OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR

Se destacan tres obligaciones principales: proveer del producto o servicio objeto de la franquicia, dar entrenamiento al franquiciado y brindarle asistencia permanente.

- Obligación de entrega y puesta a disposición los bienes corporales.  
Esta es la primera y la más importante de las obligaciones en el contrato de franquicia. Consiste en la entrega de los bienes muebles que necesita el franquiciado para poner en funcionamiento el negocio, si de esa manera se realizó

el convenio con el franquiciado. O también se pudo convenir en la construcción y el equipamiento del negocio.

- Obligación y uso de los bienes incorporeales.

En esta obligación el aspirante a franquiciado paga el derecho de entrada a una franquicia para poder explotar la propiedad industrial del franquiciante.

La cesión de uso de bienes incorporeales comprende el nombre comercial, la marca, la patente y el *know how*.

- El deber de colaboración.

El contrato de franquicia es un contrato empresarial de colaboración, donde el franquiciador no solo satisface las obligaciones corporales como las incorporeales, sino que el franquiciador se convierte en un colaborador del franquiciado, con el propósito de mejorar el funcionamiento y la imagen de la red. Esta colaboración es mutua. El franquiciante, por su parte, se encarga de facilitar al franquiciado todas las facilidades y las técnicas para que el *know how* funcione y tenga el mismo éxito que el suyo propio.

- Prohibición de competencia.

Se le prohíbe al franquiciado ejercer actos de competencia desleal en perjuicio del franquiciante, ni durante la explotación de la empresa franquiciada, ni después de que el contrato de franquicia haya terminado. De la misma manera el franquiciante también está obligado a no competir en la misma zona o territorio asignado al franquiciado, la prohibición de competencia es bidimensional, es decir, para las dos partes.

- Obligación de asesoramiento y asistencia.

La asistencia que el franquiciante debe prestar al franquiciado es amplia, puesto que se da tanto en aspectos económicos como financieros. Así, en muchos casos

asiste para la elección del lugar de explotación de la franquicia y puede prestar apoyo financiero para la compra del local o hacer que el dinero le sea prestado por un tercero.

El franquiciador también está obligado a brindar al franquiciado la asistencia y asesoría necesaria para la explotación del *know how*, esto quiere decir que el franquiciador debe contar con el personal especializado para poder capacitar y formar al personal del franquiciado, ya sea esto en el tema de imagen de la empresa, de la calidad y cantidad del producto, en la presentación de los estados financieros, del análisis del entorno y de los gustos y preferencias del consumidor, presentación de los locales, la vestimenta de los trabajadores, etc.

- Derecho de control del franquiciador.

Para que la franquicia tenga un correcto funcionamiento no solo es necesario la capacitación, la formación y el adiestramiento sino también un cierto control de parte del franquiciador, pero este control no quiere decir que el franquiciador ostenta la condición de jefe del franquiciado, porque los dos son empresarios independientes.

Todo negocio necesita de una supervisión, de un control, en los procesos administrativos e industriales, ya que el franquiciador no puede dejar que la franquicia se vaya a la deriva; por eso se deben establecer normas que es necesario cumplir, de lo contrario el sistema fracasa.

- Obligación de saneamiento.

El franquiciador está obligado a entregar los bienes corporales e incorporeales saneados, por lo tanto, está obligado a garantizar al franquiciado el uso y goce pacífico de las cosas transmitidas. De esta manera, el artículo 1777 del Código Civil ecuatoriano manifiesta: “La obligación de saneamiento comprende dos

objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los efectos ocultos de esta, llamados vicios redhibitorios”.

## DERECHOS DEL FRANQUICIADOR

- Derecho de Entrada: El franquiciador tiene la facultad de exigir a su contratante el pago de un estipendio que se mira como equivalente al derecho de este a formar parte de la red y usar la marca y los signos distintivos de su propiedad. El monto se calcula, normalmente, en relación al renombre o prestigio que tengan dicha marca o signos en el mercado y a las dimensiones de la firma modelo. Se paga por una sola vez y al momento de suscribirse al contrato, salvo estipulación en el contrato.
- Rentas periódicas: conjuntamente con el derecho de entrada, el franquiciador tiene derecho a exigir al franquiciado el pago de ciertas sumas periódicas, que representan la retribución de los servicios y ayuda que regularmente le presta. Su cuantía también es variable; generalmente se fijan en un porcentaje sobre las ventas brutas mensuales, trimestrales o semanales y se pagan durante todo el tiempo de vigencia del contrato.
- Derecho a establecer la forma y decoración del establecimiento de comercio.
- Derecho a determinar los procedimientos y técnicas de comercialización.
- Derecho a determinar la calificación técnica y comercial del personal.
- Derecho a fijar zonas de exclusividad territorial.
- Derecho a fijar volúmenes mínimos de venta.
- Derecho a abastecer exclusivamente al franquiciado de sus existencias, o a indicar fuentes de abastecimiento complementarias.

- Derecho a establecer precios catálogo.

## **2.6. FRANQUICIADO**

Como segundo sujeto del contrato de la franquicia tenemos al franquiciado. Es siempre un emprendedor que puede ser una persona natural o una organización (persona jurídica). La independencia del franquiciado no se opone a la imperiosa obligación de contribuir lealmente al éxito de la red de franquicia siguiendo la política común definida por el franquiciador.

El emprendedor, muchas veces, prefiere ser franquiciado porque se ha conceptualizado a la franquicia como un negocio seguro, o de riesgo reducido; ofreciendo grandes posibilidades de éxito. El franquiciado contribuye con mano de obra, capital e información a la “comunidad de intereses” que forma con el otorgante. Así, debe comprar las maquinarias o equipos que le sugiere el otorgante y le debe pagar una suma fija y una regalía mensual sobre sus ventas o ingresos.

El franquiciado normalmente recibe una marca notoria, un *know how* y la asistencia por parte del franquiciador, pagando como compensación una serie de derechos o cánones. Por lo general las franquicias más conocidas y seguras son también las que exigen derechos de entrada más altos y requieren una mayor inversión. El perfil del franquiciado suele venir determinado por el franquiciador y estas características del franquiciado dependen del sector y del tipo de actividad.

## DERECHOS DEL FRANQUICIADO

Los derechos del franquiciado consisten, correlativamente, en gozar de las prestaciones que contribuyen obligaciones del franquiciador y en otras facultades cuya naturaleza depende de la modalidad del contrato o de las estipulaciones convenidas.

- El franquiciado tiene derecho a hacer uso y goce de los bienes corporales e incorporeales que provienen del franquiciador.
- Derecho a tomar conocimiento y a utilizar ciertas técnicas, procedimientos o ideas de comercialización de un producto o un servicio.
- Derecho a gozar de la ayuda y de los servicios que regularmente debe prestarle el franquiciador.
- Derecho a proponer políticas generales de administración, comercialización, fiscalización, etc., y las formas de su aplicación.
- Derecho a ejecutar sus propias políticas en la explotación de su negocio.

## OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO

Siendo el contrato de franquicia ley para las partes contratantes, el franquiciado también tiene obligaciones:

- Del precio

Una de las obligaciones principales que debe cumplir el franquiciado es el pago del precio, de acuerdo a lo convenido con el franquiciante. El precio comprende dos conceptos: el primero, el denominado derecho de entrada, y el segundo, de las regalías.

El Derecho de Entrada permite poder ingresar a la red de franquiciados, y con este pago el franquiciado puede empezar a recibir la asistencia técnica, asesoramiento, y a usufructuar el negocio del franquiciante.

Las regalías periódicas están relacionadas con el pago que debe consignar el franquiciado al franquiciante durante el tiempo de explotación de la franquicia. El artículo 1747 del Código Civil ecuatoriano manifiesta al respecto: “El precio de la venta debe ser determinado por los contratantes<sup>45</sup>”. Para que opere es necesario que el consentimiento o aceptación sea expresado por cualquier medio o indicación que permita formularla sin dubitación alguna.

- Prohibición de competencia

De la misma manera que se le prohíbe al franquiciador explotar el negocio en la misma zona que el franquiciado, en el contrato se estipula que el franquiciado no podrá explotar el negocio ni revelar los secretos empresariales que le fueron transmitidos.

- Obligación de ceñirse a las directivas del franquiciador en su explotación.

Desde la perspectiva general, el franquiciado está obligado a desarrollar sus explotaciones conforme a las directrices financieras, administrativas, comerciales y de control formuladas por el franquiciador.

Desde la perspectiva particular y en lo relativo al plano comercial, está obligado a:

- Disponer de un establecimiento cuyo aspecto exterior y decoración interior se ajusten la modelo de la franquicia;
- Aplicar los métodos de publicidad, de promoción y de ventas propiciados por el franquiciador;

---

<sup>45</sup> Código Civil Ecuatoriano; Art. 1747, R.O. Nº 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Disponer de instalaciones materiales y de personal cuya técnica corresponda a los métodos de comercialización utilizados por la red;
- Tener un *stock* de piezas de recambio (servicio de posventa);
- Tener un *stock* de seguridad;
- Utilizar los créditos en la forma y para las finalidades estipuladas;
- Someterse al control técnico y financiero ejercido por el franquiciador;
- Respetar las cláusulas de exclusividad pactadas;
- Obligación relativa a la formalización del contrato.

El franquiciado es quien tiene que ver con la formalización del contrato, aunque en esta formalización también interviene el franquiciante. El contrato de franquicia es consensual; sin embargo, el contrato internacional de *franchising* es solemne y se perfecciona por el acuerdo de voluntades.

## **2.7. KNOW HOW O SABER HACER**

Como hemos mencionado, el *know how* es una de las partes principales del contrato de franquicia. Transmite el conocimiento y los secretos empresariales, y de esta manera constituye la obligación más importante de este contrato.

El *know how* se refiere al conocimiento que tiene una persona natural o jurídica, con carácter secreto, aplicable a la industria o al comercio, y que puede ser explotado en forma directa, o transmitido a terceros. El *know how* es más conocido en el ámbito internacional como el secreto empresarial o arte de fabricación. La información no divulgada que contiene el secreto empresarial es inviolable y constituye una ventaja competitiva a quien lo posee. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua,

secreto es: “Lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto. Conocimiento que exclusivamente alguno posee de la virtud, propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en la medicina o en otra ciencia, arte u oficio<sup>46</sup>”.

La propiedad principal que destaca al *know how* es su carácter de secreto, por eso es el elemento clave del éxito comercial de un sistema de franquicia. Es así que el *know how* se define como un conjunto de conocimientos empíricos que no pueden ser presentados con precisión de una forma aislada, pero que cuando son puestos en práctica de una manera determinada, basada en la experiencia, facilitan al que los aplica la aptitud para obtener un resultado, que de otra forma no hubiera podido esperarse con la exactitud necesaria en la eficacia comercial.

El saber hacer es un conjunto de conocimientos que posee el franquiciador y que nacen o se obtienen mediante la experiencia al frente de un negocio. Y este saber hacer es lo que el franquiciador debe transmitir al franquiciado.

### 2.7.1. KNOW HOW Y CONOCIMIENTOS TÉCNICOS:

Los conocimientos técnicos están compuestos por un conjunto de elementos materiales e inmateriales. Los inmateriales se pueden transmitir y convertirse en objetos, datos, instrucciones. Los objetos son las herramientas, instalaciones, equipos técnicos, inventos no patentados, maquinaria especial, entre otros. Los datos se refieren a las fórmulas y conocimientos adquiridos en la investigación de un proceso industrial.

---

<sup>46</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Vigésima Primera Edición, Tomo II, Madrid, Editorial Espasa Calpe, 1992, p. 1853.

Las instrucciones son el conjunto de consejos prácticos sobre experiencias o métodos, los cuales se transmiten mediante cursos de capacitación y entrenamiento.

El *know how*, como hemos visto, no solo son los conocimientos técnicos sino también las técnicas de comunicación, de fabricación, de ventas, formas de prestar un servicio, y todo con respecto a la publicidad de la franquicia.

Anteriormente mencionamos que en el contrato de franquicia existen cláusulas de no competencia y de la misma manera existe la de guardar el secreto por parte del franquiciado con respecto a toda la información entregada por parte del franquiciador; de igual forma esta prohibición se puede exigir para el personal que contrata el franquiciado.

El *know how* debe permitir al franquiciado, desde su comienzo, abrir un nuevo mercado y ser competitivo dentro del mismo. El secreto industrial y empresarial de la empresa deben estar completos y especificados en un manual o en un documento donde esté contenida toda la información necesaria para la explotación del negocio, Allí reposa toda la experiencia y la experticia del *marketing* del franquiciante, lo cual tiene un valor económico muy significativo, porque en estos documentos está el valor agregado del negocio; sin ellos el franquiciado tendría que invertir mucho tiempo y dinero en la investigación del éxito de la franquicia.

Este modelo empresarial se encuentra hecho, por eso el franquiciado entra a usufructuar un negocio exitoso conocido en el mercado, y donde el *know how* ha sido suficientemente comprobado.

Después de la transmisión del *know how* por parte del franquiciante al franquiciado mediante una licencia o un documento adjunto al contrato, este debe estar en permanente actualización, innovación y desarrollo de acuerdo con la evolución económica del mercado, las necesidades de la clientela, los conceptos de calidad total y adopción de nuevas formas de consumo de bienes y servicios, especialmente de aquellas que están íntimamente relacionadas con la tecnología.

## CAPÍTULO III

### EL CONTRATO DE FRANQUICIA

#### 3.1. TEORÍA DEL CONTRATO

La palabra contrato, etimológicamente, se origina del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir.<sup>47</sup>

El tratadista Guillermo Cabanellas, en su obra *Diccionario jurídico elemental*, manifiesta lo siguiente con respecto al contrato:

La convención, para Auby y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones. El Código Civil argentino en su artículo 1.137 dice que “hay *contrato* cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Es muy semejante la definición dada por Savigny, para quien el *contrato* “es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”. El Código Civil español en su artículo 1254 expresa que “el *contrato* existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Según la doctrina dominante, el contrato es el resultado del acuerdo de voluntades, con base en la autonomía ajustada a la ley, que genera obligaciones; por lo

---

<sup>47</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1955, p. 120.

tanto, la voluntad de las partes a su vez constituye fuente de obligaciones contractuales; de allí que en la interpretación de los contratos, el intérprete debe dar primacía a la intención de las partes negociables, y a la libertad de contratación que en el Ecuador se encuentra consagrada en el numeral 16 del artículo 66 de la Constitución Política del Ecuador<sup>48</sup>.

El contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas, es “una relación entre partes en el proceso de programación de intercambios en el futuro”<sup>49</sup>. Para que ello sea posible, el Derecho debe subsidiarlo concediendo acciones para que esas promesas sean ejecutables. Una de las posibilidades es conferir acción solo a aquellas relaciones jurídicas que reúnen los elementos de un “tipo legal” previamente definido. Así, en nuestro Derecho, la “obligación” tiene su causa en el contrato. Y esta figura jurídica, como tal, es entonces un “tipo legal” cuyos elementos deben darse en una relación lícita para que surja una obligación.

Fernando S. López de Zavalía manifiesta: “En nuestro sistema de vida todos contratamos a diario. Según acertadamente se ha señalado, nadie escapa a la inmersa red contractual, pues aun cuando se limitara a mendigar, ya irrumpiría en el derecho de obligaciones, bajo la forma del contrato de donación. El contrato se manifiesta como el gran instrumento por la circulación de los bienes y de los servicios”<sup>50</sup>.

El contrato es un instrumento donde las partes se comprometen de forma libre, consciente y voluntaria; en razón de ello se establece que es ley para las partes. El artículo 1454 del Código Civil Ecuatoriano expresa: “Contrato o convención es un acto

---

<sup>48</sup> Constitución Política del Ecuador, Num. 16, Art. 66, R.O. Nº 449 de 20 de octubre 2008; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>49</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 19.

<sup>50</sup> Víctor P. de Zavalía, ed., *Teoría de los contratos*, (FALTA EDITORIAL OJO), Argentina, 1971, p. 28.

por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”<sup>51</sup> Esta definición es idéntica a la que manifiesta el artículo 1438 del Código Civil chileno.

Para que un contrato tenga validez debe contener elementos característicos que distinguen uno del otro como las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales:

Son la de una esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni especial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.<sup>52</sup>

### **3.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Este sistema puede ser definido de la siguiente manera: la franquicia comercial es aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado franquiciante, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio con el cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad

---

<sup>51</sup> Código Civil Ecuatoriano; Art. 1454; R.O. Nº 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>52</sup> Código Civil Ecuatoriano; Art. 1460; R.O. Nº 46: 24-06-2005; Corporación de Estudios y Publicaciones Quito Ecuador

con un método, sistema o plan preestablecido por este, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales<sup>53</sup>.

Las relaciones entre los dos sujetos de la franquicia, es decir, franquiciador y franquiciado, se plasman obligatoriamente en el denominado contrato de franquicia. Para que conste una franquicia es necesario que exista un contrato en el que se especifican las obligaciones y derechos de las partes asociadas. Este instrumento jurídico puede ser equiparado a una unión matrimonial en la que cada una de las partes pone todo su empeño y contribución para lograr la felicidad y continuidad del matrimonio.

En la franquicia las dos partes realizan importantes aportaciones. La central franquiciadora aporta elementos materiales como los productos, mobiliarios, marca, logotipo, imagen, notoriedad, técnicas de venta y distribución, diseño, estilo y el *know how*; y, por su parte, el franquiciado contribuye exclusivamente con el capital, trabajo y local comercial. Es importante valorar esta contribución, ya que el franquiciado, muchas veces, aporta un capital que son los ahorros de toda su vida y tiene que endeudarse adicionalmente. En la mayoría de las cadenas, el franquiciado aporta su trabajo y, en ocasiones, el de su familia, y, además, también aporta el local donde se va a desarrollar la actividad comercial, por lo tanto, frecuentemente el franquiciado se está jugando su

---

<sup>53</sup> Definición de UNIDROIT en su publicación de enero de 2001: "Franquicia significa los derechos concedidos por una parte (franquiciante) autorizando a otra parte (franquiciado) como contraprestación por una compensación financiera, directa o indirecta, a vender mercaderías o servicios conforme a un sistema diseñado por el franquiciante, que incluye *know how* y asistencia, que prescribe de un modo significativo la manera en que el negocio del franquiciado debe ser operado, e incluye un control importante y continuo del franquiciante, y está esencialmente vinculado con una marca comercial, de servicio, nombre comercial o logotipo diseñado por el franquiciante".

dinero, trabajo y local, y por esta razón la motivación y esfuerzo para conseguir buenos resultados debe ser máxima.<sup>54</sup>

El contrato de franquicia, lamentablemente, en nuestro país no está tipificado, es decir, no existe una reglamentación específica para él. La evolución jurídica ha permitido percibir que no solo la ley es fuente de Derecho, sino también la costumbre. De allí que pueda señalarse que hay una tipicidad legal, referida a contratos disciplinados en la ley, y otra social que contempla normas jurídicas que regulan contratos con fuente en la costumbre<sup>55</sup>, que justifican la denominada tipicidad social. Por lo tanto hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Código Civil y Código de Comercio en los artículos 1454 y 3, respectivamente.

Es así que para que exista un contrato de franquicia es necesario cumplir con los siguientes requerimientos:

### **1. Equilibrado**

Para que la franquicia tenga éxito es esencial que tanto franquiciador y franquiciado, como resultado de la convergencia de esfuerzos comunes, obtengan beneficios adicionales a los que podrían seguir percibiendo de forma independiente.

Como la franquicia es un contrato de colaboración, las dos partes contratantes nunca deben pensar que esta asociación desempeñe un papel de superioridad por parte del franquiciador.

---

<sup>54</sup> Enrique Diez de Castro, *El sistema de franquicia*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2005, p. 38.

<sup>55</sup> Ricardo Luis Lorenzetti, *Tratado de los contratos*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 17.

## 2. Completo

El contrato de franquicia debe ser completo, es decir, incluir y prever todas las circunstancias, situaciones y problemas que afecten a las relaciones entre el franquiciador y franquiciado durante el tiempo que dure el contrato.

## 3. Preciso

La precisión en el contrato debe manifestarse de una forma en la que no existan malas interpretaciones, donde no se admitan ambigüedades entre las partes. Los contratantes deben unir sus esfuerzos para evitar malentendidos en sus relaciones recíprocas.

### 3.3. PROPIEDADES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Las propiedades o características del contrato de franquicia son las siguientes:

- La franquicia es un contrato bilateral:

El contrato *bilateral* es aquel que origina derechos y obligaciones recíprocas para las partes; el franquiciante se obliga a transmitir un *know how*, a prestar una asistencia técnica, a permitir el uso de una marca, etc., y el franquiciado se obliga a pagar las regalías, a cumplir en forma rigurosa con el manual de instrucciones dado por el franquiciante y a no revelar el secreto empresarial transmitido.

El artículo 1455 del Código Civil nos da el siguiente concepto: “(...) bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”. Ejemplo: la compraventa, el arrendamiento, el comodato.

- La franquicia es un contrato oneroso:

En la franquicia ambas partes pretenden una utilidad gravándose recíprocamente. El franquiciante persigue ampliar la comercialización y distribución de sus bienes y servicios, o desea ingresar a otros mercados, mientras que el franquiciado invierte en un negocio rentable y con un éxito garantizado. Con respecto a este tipo de contrato, nuestro Código Civil, en su artículo 1456, nos manifiesta: “(...) oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (...)”.

- La franquicia es un contrato atípico:

El contrato de franquicia es legalmente atípico, aunque puede predicarse que existe una tipicidad social, ya que está suficientemente consolidado en la costumbre; es decir, que este tipo de contrato no se encuentra definido en nuestra legislación, sino más bien es reconocido por las partes que son quienes mediante cláusulas estipuladas en el contrato hacen producir unos efectos y se obligan a cumplir con ciertas prestaciones.

- La franquicia es un contrato principal:

El contrato *principal* es cuando existe por sí mismo, es decir, no requiere de otro acto jurídico para su conformación y subsistencia. El artículo 1458 del mismo cuerpo legal antes mencionado expresa: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (...)”. Pero, por otra parte, también se caracteriza por combinar un conjunto de contratos, por ejemplo, la licencia de marca, la asistencia técnica, el secreto empresarial, etc.

- La franquicia es un contrato solemne:

El contrato de franquicia es *solemne* ya que se trata de un contrato de transferencia de tecnología, conocimiento, procesos, propiedad intelectual, el cual está sujeto al cumplimiento de unas formalidades específicas. El artículo 1459 del Código Civil señala: “(...) es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no surte ningún efecto civil (...)”.

- La franquicia es un contrato consensual:

El contrato *consensual* es el que se perfecciona con el solo consentimiento, sin necesidad de entregar la cosa. El mismo artículo mencionado en el párrafo anterior dice al final: “(...) es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

- La franquicia es un contrato de ejecución sucesiva:

La franquicia es un contrato de ejecución sucesiva, ya que las obligaciones que engendra van naciendo y extinguiéndose, periódicamente, mientras dura su vigencia. El franquiciado se obliga a pagar constantemente unas regalías, según lo convenido con el franquiciador. Y su cumplimiento se prolonga en el tiempo a través de una serie más o menos larga de actos de ejecución.

- La franquicia es un contrato complejo:

La franquicia puede ser calificada de contrato complejo, puesto que resulta no solo de la fusión o síntesis de esquemas empresariales conocidos, sino también de otros elementos no idóneos por sí solos para caracterizar el negocio. Aunque existan contratos típicos al de franquicia, no existe un contrato de los que lo integran que pueda abarcarlo en su totalidad.

- La franquicia es un contrato de adhesión:

La franquicia es considerada contrato de adhesión debido a que casi siempre el franquiciador hace firmar a sus franquiciados un contrato que debe aceptar en su totalidad si quiere incorporarse a la red. Por otra parte, el franquiciado pocas veces está en condiciones de tratar de negociar el contrato, excepto en aquellas áreas en las que el franquiciador lo admita como el territorio, el monto de la inversión y recursos humanos a comprometer. Así, el contrato de franquicia es un contrato con cláusulas predispuestas, porque justamente su finalidad es transmitir la experiencia del fabricante al franquiciado, por lo que de esta manera se convierte en contrato de adhesión.

### **3.4. CARACTERES JURÍDICOS**

- Autonomía

El franquiciado desempeña sus funciones con autonomía, puesto que no hay relación de dependencia jurídica. La autonomía es un elemento esencial en el contrato de franquicia que su ausencia determina el encuadre de la relación en el derecho laboral. Sin embargo, esta característica no significa negar la subordinación técnica que existe en razón de la asistencia y entrenamiento que presta el franquiciante al franquiciado, así como tampoco la facultad de control que tiene uno sobre el otro, en razón de que es del interés del franquiciado ajustarse estrictamente a las pautas del franquiciante, con el objeto de emular el éxito del negocio probado.

Mientras que el agente está subordinado al comitente, el franquiciado coopera con su franquiciante. Ninguno de ellos tiene una relación de dependencia, pero es

visible la diferencia entre el agente que vende por cuenta ajena y el franquiciado que lo hace por cuenta propia.

El franquiciado no es mandatario ni agente ni representante del franquiciante, sino que toma sus propias decisiones. Opera la franquicia conforme a normas impuestas por el franquiciante porque le aseguran una posibilidad de éxito que de otra manera no tendría. Ambos son independientes.

- Cooperación

Esta característica es una de las normas esenciales, ya que entre las partes existe una mutua cooperación. La doctrina ha considerado que la cooperación, asimismo, se manifiesta en la corresponsabilidad que ambas partes tienen ante el consumidor que salga damnificado, ya que en la oferta del bien o servicio en el mercado, ambas partes corporizan la colaboración empresarial mediante el negocio de franquicia.<sup>56</sup> La colaboración es uno de los elementos fundamentales en el sistema de franquicia y los contratos deben estar estructurados para recoger de forma precisa la forma de llevarla a cabo entre las partes.

- Intuitu Personae

Para celebrar el contrato se tiene en cuenta la calidad y las características de los contratantes y este es un rasgo esencial. Al franquiciante, que quiere asegurar la explotación correcta de su negocio, le interesa que quien lo preste tenga cualidades personales particulares. Es así que la doctrina<sup>57</sup> resalta, en relación a estos dos criterios:

---

<sup>56</sup> Francesco Messineo, *Doctrina general del contrato y Manual de derecho civil y comercial*, Tomo VI, Buenos Aires, p. 536.

<sup>57</sup> Marco Antonio Velilla Moreno, *Introducción al derecho de los negocios*, op. cit., p. 299.

el financiero y el psicológico. El primero se refiere a la capacidad económica del empresario que va a operar como franquiciado, y el segundo versa sobre sus cualidades personales, el espíritu empresarial, la capacidad de organización, el liderazgo, la creatividad, el contacto humano, entre otros.

El franquiciado no es más ni menos que el empresario en el que el franquiciante confía la explotación de su negocio. Debe haber interés de las partes en la adecuada explotación del negocio y en extraer de dicha explotación el máximo beneficio.

Aquí se pone en trascendencia la confianza que existe entre las partes, creada por el contrato de franquicia, y este elemento de confianza reviste particular interés en los contratos de franquicia en exclusiva, pues el franquiciatario no podrá conceder subfranquicias, a menos que se trate de una franquicia maestra, ni ceder la franquicia a terceros sin autorización del franquiciador. Condiciones como las indicadas no constituyen cualidades personales, sino requisitos que deben concurrir en toda persona o sujeto de una relación jurídica.

A la vez hay otros argumentos que también son válidos para los contratos de franquicia en general, donde la licencia de marca suele estar involucrada en otros contratos complejos como la franquicia:

Un sector de la doctrina ha entendido, sin embargo, que el *intuitu personae* presente en los contratos de transferencia de tecnología no constituyen un elemento esencial y connatural a estos, sino que su presencia va a depender de la voluntad implícita o explícita de las partes (MANGINI). Teniendo en cuenta, por un lado, las importantes consecuencias que de la consideración del *intuitu personae* como un elemento esencial en estos contratos pueden derivar, sobre todo en orden a la transmisión de la posición del licenciataro o en el tema de la

extinción de la relación contractual y, por otro, la ausencia de baremos<sup>58</sup> precisos que permitan afirmar este carácter de forma específica y constante.<sup>59</sup>

El contrato de franquicia, por lo tanto, reafirma la regla general en materia de actos jurídicos de carácter patrimonial, en cuanto no es *intuitu personae*, cuestión que tiene gran importancia desde el punto de vista de los vicios de la voluntad o consentimiento.

### 3.5. FIGURAS DE LAS FRANQUICIAS

Las franquicias se han clasificado en diversas tipologías; pueden ser clasificadas atendiendo a criterios diferentes. En este título vamos a tratar tres clasificaciones que ilustran perfectamente los sistemas de franquicia existentes en la actualidad.

1. Tipología según los papeles desempeñados por el franquiciado y el franquiciador en el canal de distribución: productor-minorista, productor-mayorista y mayorista-minorista.

Esta clasificación hace referencia a los niveles (fabricante, mayorista, minorista) de una canal de distribución que se relacionan en la franquicia. Un canal de distribución clásico es el que entre el productor y el consumidor se encuentran dos intermediarios o empresas de distribución (mayorista y minorista). Este canal es el más corriente en el mundo comercial. Los canales de distribución adoptan una forma piramidal (normalmente irregular) debido a que cada fabricante se relaciona

---

<sup>58</sup> Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, baremo es, entre otros conceptos, el conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar la solvencia de las empresas, etc. En el derecho de la responsabilidad civil extracontractual de España, los baremos son las tarifas que existen para indemnizar. Así, por ejemplo, para un accidente de aviación, se han fijado ciertas tarifas. En relación con los contratos de franquicia, la doctrina explica que no existen tarifas concretas para indemnizar a una de las partes por incumplimiento en las prestaciones. Será el juez, de acuerdo con el derecho aplicable, o el árbitro, el encargado de establecer el monto de la indemnización.

<sup>59</sup> Fabián López Guzmán, *El contrato de franquicia internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 54.

con un conjunto de empresas mayoristas, y estas, a su vez, con un número mayor de empresas minoristas y, por su parte, estas últimas con una ingente cantidad de clientes.

Los sistemas verticales se derivan de una estructura organizativa que relaciona empresas situadas en niveles distintos del canal de distribución (por ejemplo, mayorista con minoristas, fabricante con minoristas). El franquiciado puede ser fabricante o minorista.

2. Tipología según el grado de libertad dado al franquiciador: franquicia individual, franquicia múltiple y franquicia maestra.

La franquicia individual se trata del contrato más típico y habitual de franquicias. El franquiciador concede el derecho a explotar una sola franquicia al franquiciado, que la explota él mismo. Esta tipología ocupa la mayoría de las franquicias que triunfan, basada en la que el franquiciado explota un solo local. Tiene una zona en exclusiva para abrir una unidad durante el plazo del contrato.

El franquiciado individual no subfranquicia ni abre más locales. Es el modelo que más se relaciona con el autoempleo. Esto es: un empresario que monta una sola franquicia para dedicarse a sacarle el máximo partido. La franquicia múltiple se produce cuando un franquiciado concede más de una franquicia al mismo franquiciado. Tiene como ventaja el perfecto conocimiento entre los sujetos de la franquicia y, como referente, generalmente el éxito de la actividad comercial del franquiciado. Por el contrario, presenta el inconveniente de que la multiplicación de tareas, responsabilidades y diversificación de riesgos lleva a una disminución de la motivación y tiempo para atender sus negocios. Por esto, muchas cadenas no conceden más de una licencia por franquiciado.

La franquicia maestra es el sistema más utilizado para extender este modelo comercial a nivel internacional. Se trata de la relación contractual que un franquiciador extranjero establece con una persona natural o jurídica del país en cuestión, actuando este último como franquiciado y, al mismo tiempo, como franquiciador de determinados puntos de venta que se inauguran, siendo directamente responsable del desarrollo y representación del franquiciador en forma exclusiva en su país o en una región de países.

3. Tipología según la actividad del franquiciador: franquicia de producción, franquicia de distribución y franquicia de servicio.

Esta es la tercera tipología de la franquicia, la cual tiene su fundamento en la actividad que va a realizar el franquiciado.

### 3.5.1 FRANQUICIA DE SERVICIOS.

Lo característico de este tipo de franquicia es que la actividad del franquiciado va a estar en el sector de servicios, es decir, el franquiciante concede el derecho de distribuir y comercializar los servicios junto con el derecho de usar la marca, denominación y rótulo común, además de los secretos empresariales. Así mismo, proporciona la asistencia técnica indispensable para el desarrollo de la franquicia.

Esta figura de servicios es la más utilizada en la actualidad, puesto que ha tenido una evolución tan vertiginosa que se emplea hasta en el ámbito de la educación. Las franquicias educativas funcionan como un medio de colaboración entre instituciones académicas internacionales o institutos científicos y tecnológicos avanzados y entidades

o compañías locales. Por medio de estas se aprovecha la experiencia, los métodos de investigación y el alto grado de conocimiento de dichos organismos, los cuales ofrecen saber y programas de elevado nivel académico para mejorar nuestra competitividad en diversos escenarios.

Las instituciones internacionales exigen como pago o regalías de esta tipología una participación en los ingresos por matrículas, derivados de la institucionalización de los secretos empresariales y de los programas educativos y científicos respectivos. No se trata de una modalidad de proyectos de cooperación al desarrollo para los países en vías de desarrollo, sino de un legítimo contrato de franquicia. Un ejemplo claro de este modelo en nuestro país es el instituto de inglés Wall Street Institute, el cual es de origen italiano fundado en 1972.

Las instituciones locales pueden constituir *joint venture*<sup>60</sup> para ofrecer mejores garantías a nivel internacional y obtener una franquicia educativa de centros e institutos de investigación de reputado prestigio internacional. Nada obsta para que el franquiciado sea un grupo de empresas que se han organizado bajo la forma de un *joint venture*. De esta manera, las instituciones de gran prestigio internacional explotan sus conocimientos, y las universidades o entidades nacionales franquiciadas acceden a nuevos sistemas productivos, educativos, estructuras curriculares y administrativas, recursos humanos y tecnología de punta, sin comprometer más recursos que los producidos por el mismo proyecto. En esta clase de negocios, el franquiciado comercializa el servicio de la educación y capacita, con base en el *know how* transmitido por el franquiciante.

---

<sup>60</sup> *Joint venture* o empresa conjunta es un tipo de acuerdo comercial de inversión conjunta a largo plazo entre dos o más personas. *Joint venture* en castellano significa “aventura conjunta” o “aventura en conjunto”.

Este sistema de servicios se revela como la forma más original y auténtica de aplicación de la filosofía de la franquicia, ya que, generalmente, no hay producto para vender. Rigol<sup>61</sup> afirma que estas franquicias suelen ser bastantes vulnerables y muy imitadas, por lo que precisan de un excelente *marketing*, una constante innovación y una gran capacidad de crecimiento para ocupar el mercado con rapidez.

### 3.5.2 FRANQUICIA INDUSTRIAL

Este tipo de franquicia se produce cuando los sujetos de este sistema son industriales. Según Enrique Guardiola<sup>62</sup>, se refiere a relaciones entre fabricantes y comporta que el franquiciador otorga al franquiciado una licencia de patente y un *know how* para fabricar un producto. Pero la relación comercial no se queda ahí; el franquiciado se compromete a comercializar el producto bajo la marca del franquiciante y con base en los métodos prescritos por él.

A diferencia de los contratos de transferencia de tecnología, en la franquicia industrial se dan otros ingredientes o convenios que no se presentan en aquellos contratos, por ejemplo, la distribución del producto a cargo del franquiciado, la licencia de marca, el contrato de ingeniería, el método (*marketing* de una idea). Debido al alto componente tecnológico de esta clase de franquicia, se ha considerado que este negocio puede beneficiarse de la exención prevista en el Reglamento 240/96 de la Comunidad Europea. Esta modalidad de franquicia se utiliza con frecuencia en la industria farmacéutica y en el sector agrícola. Allí se da una verdadera transferencia de tecnología y de la propiedad industrial. En ese caso, el franquiciado adquiere no solo el derecho a

---

<sup>61</sup> J. Rigol, *La Franquicia, una Estrategia de Expansión*, Barcelona, Editorial Einia 1992, p. 32

<sup>62</sup> Enrique Guardiola, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 239, citado por Fabián López Guzmán, *El contrato de franquicia internacional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 216.

producir, sino, además, a comercializar y distribuir los productos del franquiciante con su tecnología y su marca.

La cesión tecnológica que comporta la franquicia industrial se emplea así mismo en el campo de la investigación científica. En el sector de la salud, de la industria química y en el ámbito de los procesos industriales en general, la tecnología y el *know how* transmitidos han generado resultados muy favorables.

Además de transmitirle el *know how* respecto a la gestión y administración del negocio, suele haber una transferencia completa de tecnología. Evidentemente, es el tipo de franquicia que requiere de mayores inversiones para su puesta en funcionamiento.

### 3.5.3. FRANQUICIA DE COMERCIALIZACIÓN.

Conocida también como franquicia de distribución, el franquiciado va a realizar la comercialización de los productos del franquiciador. Atendiendo a la naturaleza del franquiciador, se distinguen dos modalidades:

- *Franquicia de distribución propiamente dicha:* en este tipo, el franquiciador es un mayorista y el franquiciado un minorista.
- *Franquicia del productor o de producción:* son equivalentes a las franquicias verticales. El franquiciador es una industria o fabricante y el franquiciado es un detallista. Suele llamarse franquicia de producción.

En la franquicia de distribución, el franquiciante cede al franquiciado el uso de una marca, de un *know how* y de un método de comercialización. La asistencia técnica también está presente en esta clase de franquicia; sin embargo, y a diferencia de la

industrial, el franquiciado tan solo tiene derecho a comercializar un producto, esto es, a distribuirlo, siguiendo de manera rigurosa las pautas o directrices señaladas por el franquiciante, como, por ejemplo, las relativas a los uniformes del personal, a las instalaciones, etc. Aquí no hay una transferencia de tecnología, sino un licenciamiento que permite al franquiciado distribuir un bien o servicio en las condiciones exigidas por el franquiciante y en establecimientos equipados de manera uniforme y homogénea. Este tipo es el que más se ha extendido a nivel mundial y, además, fue el que primero se implementó en los Estados Unidos de América; la franquicia industrial surgió con posterioridad, cuando los procesos de producción industrial se hicieron más complejos.

#### 3.5.4. OTRAS FIGURAS DE FRANQUICIAS

- **Franquicia asociativa**

La franquicia asociativa se produce cuando el franquiciado tiene participación económica en la sociedad franquiciadora. Se puede producir este hecho, por ejemplo, cuando el propietario de la marca y *know how* cotiza en bolsa y el franquiciado puede acceder a la compra de las acciones.

Esta figura<sup>63</sup> está mucho más expandida de lo que pudiera pensarse, sobre todo en aquellos sectores en los que la apertura de una unidad franquiciada requiere grandes inversiones. En cierta medida, constituye una garantía para el franquiciado, ya que supone compartir riesgos, un principio de las modernas tendencias en distribución comercial.

- **Franquicia activa**

---

<sup>63</sup> C. Corvol, *Le Libre Blanc de la Franchise*, París, CEDECOD, 1998, p. 80.

Es aquella en la que el franquiciador exige que sus franquiciados sean los que personalmente gestionen y estén al frente de sus establecimientos.

- **Franquicia financiera**

Es aquella en que el franquiciado es solo un inversionista; la responsabilidad de la gestión administrativa está a cargo de empleados. En contraposición a la franquicia activa, en esta no se exige que los franquiciados gestionen personalmente el negocio.

- **Franquicia de nueva instalación**

Una franquicia es de nueva instalación cuando el local comercial en el que se va a implantar el negocio no se dedicaba anteriormente a la misma actividad. También se utiliza para hacer referencia al hecho de que en el sitio del local no se realizaba ninguna actividad comercial.

- **Franquicia de reconvención**

Se verifica cuando en el local en que se va a desarrollar la franquicia era anteriormente del franquiciado y/o desarrollaba actividad de comercio de forma independiente.

- **Franquicia a nivel internacional**

Una decisión indispensable que el franquiciador debe hacer antes de comenzar a otorgar franquicias a nivel internacional, es definir el método comercial que va a utilizar para exportar su sistema a un país en particular.

- **Franquicia directa**

El franquiciador otorga franquicias de manera directa sin la intervención de terceros.

Puede adoptar cualquiera de las siguientes formas:

- **Franquicia directa en país extranjero**

El franquiciador otorga una franquicia para un establecimiento individual directamente desde su país, de la misma manera como otorgaría una franquicia, en su propio país, aunque el franquiciado y el establecimiento estén situados en un país extranjero.

- **Establecimiento de una filial o subsidiaria**

El franquiciador establece una filial o subsidiaria en un país extranjero, la cual actúa como el franquiciador en dicho país. Se pacta un acuerdo unitario de franquicias para establecer un sistema de franquicias en el país extranjero.

- **Acuerdo de desarrollo**

El franquiciador realiza un acuerdo de desarrollo con el franquiciado. Bajo términos de dicho acuerdo, el franquiciado se compromete a desarrollar el sistema y es el propietario de todos los establecimientos de franquicia en el país extranjero.

• **Franquicia córner**

Es una franquicia que desarrolla su actividad comercial en el interior de otro establecimiento comercial, generalmente, grandes superficies como centros comerciales, hipermercados o grandes almacenes. El espacio franquiciado comprende una parte del establecimiento en el que se van a vender los productos y prestar los servicios del franquiciador.

### **3.6. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

El contrato de franquicia se caracteriza porque sus actores generalmente tienen la categoría de comerciantes. Más allá de lo que dicte el Código de Comercio o la Ley de Compañías para determinar la calidad jurídica de los intervinientes, cualquiera sea su forma de sociedad mercantil, sean estas personas naturales o jurídicas, lo que trasciende es que el franquiciante y el franquiciado van a estar revestidos de una actividad

comercial que, mediante la suscripción de un contrato, establece un vínculo que genera derechos y obligaciones para ambas partes.

Desde luego se debe precisar que el objeto de un contrato de franquicia o su elemento básico es la cesión de una licencia de marca, es decir que su titularidad esté legalmente reconocida a favor del franquiciante, de tal manera de que la utilización por parte del franquiciado —esto es: la de sus signos distintivos, *know how*— no tenga inconvenientes de ninguna naturaleza.

Otro de los elementos de trascendental importancia en la estructura del contrato de franquicia es la transferencia del *know how*, ya que a través de él, el franquiciado puede ingresar y transitar con absoluta libertad a conducir y organizar su negocio, bajo los estándares de calidad que mantiene el franquiciante. La capacitación, la asistencia técnica, la dotación de insumos, etc., que permiten tener una uniformidad en la prestación del servicio, son condición sine qua non en la conformación del contrato.

Dentro de estos elementos también es importante resaltar la existencia de un elemento como el de las regalías, que se establece como una forma de retribución económica del franquiciado al franquiciante, por concepto de la transferencia de la licencia de marca y del *know how*, cuyos costos deben ser convenidos y expresados en la redacción contractual.

Por la naturaleza del contrato de franquicia también es importante determinar la zona o territorio en donde va actuar el franquiciado, es decir, una determinación exacta de su operación. También es necesario dejar claro si la operación de la franquicia en el

territorio asignado tiene la característica de exclusividad, de tal manera que franquiciado y franquiciante conozcan la posibilidad de encontrar otro espacio de competencia o la asignación de un nuevo franquiciado en el manejo del mismo bien o servicio.

Por otra parte también, dentro del contrato se discuten los puntos básicos del negocio, que son: los bienes o servicios que va a ofertar el franquiciado, la zona donde va a operar el franquiciado, el precio y el pago que se realiza por el derecho de entrada y de las regalías periódicas que va a pagar el franquiciado al franquiciante durante la explotación de la empresa franquiciada, los aspectos cambiarios, la publicidad que se va a utilizar, las mercancías, los insumos, la materia prima, el inmobiliario y los proveedores que van a suministrar estos bienes, la contratación de trabajadores, el pago de impuestos, la responsabilidad frente a los consumidores por productos defectuosos, la asistencia técnica y la formación del personal, trámites relativos a la propiedad industrial, entre otros.

Dentro de la estructura del contrato también tenemos la parte precontractual en la que no solo se analizan los pormenores jurídicos del contrato, sino que, además, se estudian los aspectos concernientes al perfil del franquiciado, su capacidad económica, su experiencia empresarial, su grado de compromiso con el franquiciante, su conocimiento del sector donde va a operar, etc., y, por su parte, el aspirante a franquiciado hace lo mismo: investiga acerca de la franquicia que le están ofreciendo, si es cierto o no que la franquicia que le están ofreciendo goza de un prestigio internacional, si la marca, la patente y el *know how* que oferta el franquiciante son de su propiedad, o si por el contrario la franquicia tiene inconvenientes o pleitos con terceros por competencia desleal, etc.

Si las partes concluyen la fase precontractual en forma satisfactoria, el siguiente paso para materializar el negocio de franquicia es la correspondiente oferta o propuesta del franquiciante. Se puede hacer por los medios publicitarios ya conocidos (avisos en periódicos de amplia circulación nacional, en revistas especializadas en negocios, radio, televisión, por vía Internet, etc.).

El marco jurídico regulatorio de la oferta, la aceptación, la revocación y la caducidad de la misma, es diferente en cada país. Así mismo existen algunas normas internacionales sobre la materia, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (Ley 518 de 1999) y los principios de UNIDROIT<sup>64</sup>.

La regla general en los negocios internacionales es que no suelen celebrarse entre presentes, sino entre ausentes, es decir, que la mayoría de contratos de franquicia se celebran vía Internet o a través de un representante local del franquiciante. El representante del franquiciante puede ser un mandatario<sup>65</sup> internacional que se encarga de celebrar los contratos de franquicia en diversos países. La figura jurídica más usual para conceder franquicias en otros países es la franquicia máster, pues facilita la

---

<sup>64</sup>James-Otis Rodner S., *El crédito documentario*, Caracas, 1999. p. 122: “Los principios UNIDROIT, denominados Principios para los Contratos Mercantiles Internacionales, fueron elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). La UNIDROIT fue fundada en 1926 y está compuesta por 56 Estados. Los principios de UNIDROIT se aplican cuando las partes hayan consentido en someter el contrato a sus disposiciones, cuando las partes hayan convenido que el contrato se rija por principios generales del derecho, “*Lex Mercatoria*” o expresiones semejantes. Los principios UNIDROIT, cuando se aplican a un contrato internacional determinado definen, entre otros, el efecto vinculante del contrato y conceptos generales en relación a la interpretación, aplicación de la buena fe, efectos de uso y prácticas (Principios UNIDROIT, artículos 1.1 al 1.10), el procedimiento de la formación de los contratos incluyendo la aceptación de la oferta, negociación del contrato, modificación del contrato (Principios UNIDROIT, artículos 2.1 a 2.2), la validez del contrato (artículos 3.1 al 3.20), la interpretación del contrato (artículos 5.1 al 5.8) y el cumplimiento del contrato conjuntamente con los efectos del retardo (artículos 6 y 7)”.

<sup>65</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 2020, R.O. Nº 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones: “Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.

celebración y ejecución de los contratos de franquicia internacional, sin necesidad de que el franquiciante lo haga de manera directa.

Usualmente, un contrato de franquicia está constituido por un conjunto numeroso de cláusulas, que se agrupan en una serie de artículos. Una estructura típica de un contrato de franquicia<sup>66</sup> podría ser la siguiente: (Ver Anexo 2).

## **1. TÍTULO DEL CONTRATO**

La mayoría de los contratos de franquicia incluyen claramente en su inicio el título o denominación de “CONTRATO DE FRANQUICIA”. No obstante, no es extraño ver contratos de este tipo sin título. Por otra parte, otras veces se utilizan denominaciones alternativas como contrato de Abanderamiento y Distribución en Exclusiva, Afiliación, de Adhesión, de Exclusividad, de *Rent a Car*, etc.

Parece ciertamente que aquellos franquiciantes que realizan contratos con sus franquiciados deben utilizar obligatoriamente el título y denominarlo de franquicia. En caso contrario se puede suponer que el contrato no es de franquicia, ya que al no denominarlo de esta manera podría causar confusiones legales con respecto a la naturaleza del contrato, y muchas de las cláusulas serían consideradas como no acordes con la ley.

En el contrato de franquicia, para referirse a las partes contratantes, se usan los términos de *franquiciador* y *franquiciado*, frente a otros que aparecen habitualmente como comprador y vendedor, u otros semejantes.

---

<sup>66</sup> *Les contrats de franchise. Analyse comparative*, París: CECOD, 1986, pp. 17-22

## **2. PREÁMBULO**

Los contratos de franquicia deben iniciar con una introducción o exposición de las intenciones que tienen las partes contratantes de establecer una cooperación duradera en la actividad, objeto del contrato. Se deben identificar las partes de la forma más completa y precisa posible. Para las personas jurídicas deben puntualizarse la denominación, la forma de sociedad, la sede u oficina central, el capital y la identificación precisa del firmante (en un anexo se detallarán todos los documentos de la persona jurídica).

Para las personas naturales se deben indicar los nombres y apellidos completos, fecha y lugar de nacimiento, dirección domiciliaria y comercial, cédula de ciudadanía, registro único de contribuyente, dependiendo de la naturaleza legal de la persona, sea natural o jurídica.

Después de la indicación de quienes son los contratantes o comparecientes, se debe dedicar una cláusula destinada a describir los antecedentes de la actividad propia que se va a franquiciar, es decir, un breve resumen de la franquicia y su cadena, sus datos básicos y derechos de marca. Lo primordial en este preámbulo es que el franquiciador dé a conocer su actividad por haberla desarrollado antes, exponer la historia de la empresa, la experiencia que tiene como franquiciador a través de establecimientos pilotos, puntos de ventas franquiciados, volúmenes de venta, inversiones y tasas de rentabilidad.

Seguida de esta breve exposición, de la misma manera se debe presentar la actividad económica realizada anteriormente por el futuro franquiciado, donde se resalta el grado de formación o experiencia que presenta (para este último se recomienda realizar una declaración en la que el franquiciado manifieste que se encuentra perfectamente informado sobre la franquicia objeto del contrato, y que ha recibido toda la información con tiempo suficiente para reflexionar y decidir libremente ser parte de la cadena franquiciada).

Así, identificada la actividad comercial de cada uno de los sujetos contractuales, quedan en este instrumento reveladas las intenciones verdaderas que tiene cada uno, y también que exista la confianza de que el contratado sea una persona seria y de renombrada reputación y que conoce de la misma forma que el franquiciado ha recibido la información completa y precisa de la cadena de la que será parte después de la firma del contrato de franquicia.

#### ***Contenido del preámbulo***

- ❖ Presentación del franquiciador.
- ❖ Presentación del franquiciado.
- ❖ Intenciones del franquiciador de establecer una cooperación duradera con el franquiciado.
- ❖ Descripción del *know how*.
- ❖ Marca y derechos de marca.
- ❖ Intenciones del franquiciado de establecer una cooperación duradera con el franquiciador.

- ❖ Declaración de perfecto conocimiento de la información precontractual por parte del franquiciado.

### **3. CONCESIÓN DE LA FRANQUICIA**

En esta tercera parte del contrato se puede iniciar puntualizando la *independencia entre los sujetos* de la franquicia. En este espacio lo fundamental son las cláusulas en las cuales se otorga al franquiciado el derecho al uso de la marca y signos distintivos: la licencia de la marca, derechos, límites y modalidades de utilización por parte del franquiciado, y, por otra parte, el franquiciador debe exhibir y demostrar ante el franquiciado sus derechos sobre la marca y los signos distintivos de la franquicia.

En nuestro sistema contractual y por la experiencia adquirida en otras modalidades, a esta expresión o parte integrante del contrato se la conoce como objeto a la concesión de la franquicia, la misma que explica la naturaleza del contrato. Su finalidad debe estar claramente especificada en ese instrumento, especialmente las actividades comerciales objeto de la franquicia, el lugar donde tendrá efecto la actividad comercial y la respectiva autorización del uso y de la licencia, marca, signos, símbolos, *know how*, prestación de asistencia y entrenamiento, y demás elementos componentes de la franquicia.

Asimismo se debe incluir las cláusulas de concesión de la *exclusividad territorial*. En este segmento se debe detallar la delimitación del área de exclusividad. Esta estipulación implica que cada parte de la franquicia tiene asignada una demarcación territorial en donde es distribuidor exclusivo de los productos del

franquiciador; y cede los derechos al franquiciado, el uso de la marca, nombre comercial y este, a su vez, no puede celebrar contratos de franquicia, que permitan a otras personas tener la misma red dentro del territorio antes establecido.

#### ***Contenido de la parte de concesión de la franquicia***

- ❖ Independencia del franquiciador y franquiciado.
- ❖ Condiciones de la licencia de marca y signos distintivos.
- ❖ Actividades comerciales objeto de la franquicia.
- ❖ Exclusividad territorial.
- ❖ Lugar de explotación de la franquicia.

#### **4. OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR Y FRANQUICIADO**

Esta es la disposición más extensa, ya que todos los contratos franquicia recogen detalladamente las obligaciones de cada una de las partes. Los apartados sobre los que se deben acopiar las obligaciones de las partes son los siguientes:

##### **1.1. *Independencia***

- ❖ El franquiciador no es responsable de la actuación del franquiciado frente a terceros.
- ❖ Supresión de la relación laboral entre las partes y renuncia a indemnizaciones por este concepto. Existe una independencia entre ellas, lo que caracteriza al contrato y permite que se desenvuelva de manera desigual a otras formas contractuales.

##### **1.2. *Marca, política común, imagen, etc.***

- ❖ Autonomía de precios de venta del franquiciado, aunque el franquiciador recomienda precios al franquiciado.
- ❖ Mantener el perfil de la cadena.
- ❖ Obtener un buen ambiente de cooperación entre sujetos de la franquicia.
- ❖ Evitar comportamientos oportunistas.
- ❖ Confidencialidad del franquiciado.

### 1.3. *Saber hacer*

- ❖ Declaración por el franquiciado del saber hacer transmitido.
- ❖ Responsabilidad del franquiciador a renovar el saber hacer.
- ❖ Obligación del secreto por parte del franquiciado.
- ❖ Obligación del franquiciado de ceder su creatividad al franquiciador.
- ❖ El franquiciado reconoce la flexibilidad del saber hacer.

### 1.4. *Pagos*

- ❖ Validez del canon de entrada.
- ❖ Plazos de pago de las regalías.
- ❖ Canon de publicidad.

Esta cláusula es de trascendental importancia, porque en ella radican las obligaciones económicas a las que las partes contratantes se someten, puesto que se mencionan las contraprestaciones financieras, es decir, los valores que corresponde cancelar al franquiciado. El pago se realiza con respecto al derecho de entrada, que sirve para iniciar su ingreso a la red de franquicia y, a su vez, adquirir toda la información y capacitación sobre el funcionamiento del negocio. Este pago, en la mayoría de los casos,

se realiza con anticipación a la formalización del contrato, y en otras ocasiones se crea un financiamiento para el pago inicial.

Otro pago que debe realizar el franquiciado es por concepto de canon de funcionamiento, o más conocido como regalías, el cual es un porcentaje de las utilidades de acuerdo con las ventas que haya tenido el franquiciado.

A su vez existe un pago con respecto al canon de publicidad y este se trata del desembolso que debe realizar el franquiciado por la publicidad nacional e internacional que el franquiciante hará de su cadena.

#### 1.5. *Exclusividad territorial*

- ❖ El franquiciado no puede vender fuera del área de su exclusividad.
- ❖ El franquiciador se compromete a no generar comportamientos oportunistas.
- ❖ El franquiciador se compromete a no conceder nuevas licencias en el área de exclusividad del franquiciado.

#### 1.6. *Servicios*

##### - **Local**

- ❖ Ayuda por parte del franquiciador en la ubicación, selección y diseño.
- ❖ El franquiciado está obligado al mantenimiento del local en las condiciones estipuladas.
- ❖ Días y horarios de apertura según lo estipulado en el contrato.

##### - **Formación**

- ❖ Formación inicial y continua del franquiciado y su personal.

- **Comunicación**

- ❖ Compromisos de publicidad: valor y pagos.
- ❖ Mantenimiento de imagen y acciones de comunicación.

- **Asistencia e información**

- ❖ Obligación de asistencia al franquiciado.
- ❖ Modalidades y frecuencia de la asistencia.

- **Recursos y financiamiento**

- ❖ Apoyo financiero del franquiciador.

1.7. *Aprovisionamiento*

- ❖ Obligaciones del franquiciador: negociación con proveedores, incumplimientos de plazos de aprovisionamiento.
- ❖ Obligaciones del franquiciado: comprar a los proveedores, *stocks* mínimos, formas de pago de las compras, incumplimiento de pagos, productos o servicios a comercializar.

1.8. *No competencia con el franquiciador*

- ❖ El franquiciado se compromete a no competir con el franquiciador, mientras dure el contrato y después.
- ❖ El franquiciado debe guardar el secreto y la confidencialidad del negocio después de terminado el contrato.

### 1.9. *Control*

- ❖ El franquiciado tiene que comprometerse a aceptar el control por parte del franquiciador, en la gestión de ventas, en el estado del local. Y las técnicas de venta.
- ❖ Se estipulan las modalidades y formas de control.

### 1.10. *Seguros*

- ❖ Tanto el franquiciador como el franquiciado deben contar con seguros para el negocio.

## **3.7. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA FRANQUICIA**

En este título voy a realizar un análisis sobre las ventajas e inconvenientes que se desarrollan en la franquicia, así como también las bondades que aporta a la sociedad y, a su vez, en lo que favorece al franquiciado y al franquiciador.

Se debe reconocer que bajo esta modalidad comercial se ha sustentado, en los tiempos contemporáneos, un respetable crecimiento económico. La franquicia aporta a la generación de empleo mediante la constitución de pequeñas y medianas empresas. Consecuentemente, aporta y promueve verdaderos estados de investigación, desarrollo y acceso de nuevas tecnologías al momento de proveer bienes y servicios bajo la modalidad de una marca registrada cuyo uso se da en concesión.

## VENTAJAS DE LA FRANQUICIA

### **Mejoramiento de la distribución**

Los convenios de las franquicias ayudan a mejorar la distribución de bienes o servicios, lo cual permite que la competencia sea mucho mejor si se piensa en el consumidor. Si no existiera un convenio de franquicia, el empresario emprendedor tendría que buscar cómo ingresar a ciertos nichos de mercado, cómo iniciar la comercialización de productos o servicios, cómo obtener una publicidad atrayente para el cliente, considerando que los riesgos que acarrea este tipo de emprendimientos son muy costosos y a su vez riesgosos, ya que, al no tener experiencia necesaria, tendría que invertir mucho más y elevar su potencial de endeudamiento. En cambio, mediante la franquicia se minimizan los riesgos y costos, el franquiciado es quien está a cargo del pago para ser parte de la cadena de franquicia; de esta manera recibe todo lo necesario para iniciar un negocio que se maneja bajo lineamientos procesales contenidos en el *know how*, el secreto empresarial, el uso de la marca, los signos distintivos, y así no corre tanto riesgo de fracasar con una nueva actividad.

### **Incita la competencia económica**

El aumento constante de las empresas en el mercado ha logrado un desarrollo económico en el sector comercial y, por lo tanto, en la economía en general. El sistema de franquicias es el que ha acrecentado la competitividad empresarial y esto ha

provocado que las pequeñas y medianas empresas tengan acceso a marcas y productos de alto nivel empresarial y competitivo.

El término competencia se ha asociado a la libre competencia económica, que significa la rivalidad, oposición, lucha, disputa entre dos o más sujetos del mercado, mediante una actividad económica determinada, para lograr la satisfacción de las necesidades de los consumidores. La competencia lleva tácitamente la idea de innovación empresarial permanente, en beneficio de los consumidores y del mercado. La competencia también conlleva un aumento constante de nuevas empresas que hacen que la franquicia sea uno de los pilares en el mantenimiento y desarrollo en sector comercial.

### **Disminución de precios**

El comercio autónomo difícilmente puede adquirir grandes cantidades, y así mismo acceder a precios similares a los que obtienen las empresas distribuidoras más reconocidas. La franquicia logra que el franquiciador fabrique sus propios productos en grandes cantidades para poder abastecer a sus franquiciados y, de esta manera, conseguir mejores precios para la elaboración de sus productos o servicios. Esta reducción de costo que logra obtener el franquiciado favorece a él y a sus clientes, ya que se puede fijar un precio de venta al público reducido, de buena calidad y cantidad, esto es lo que ha logrado que la franquicia consiga el gran éxito popular de los establecimientos.

## **Provee plazas de empleo**

La franquicia acarrea el nacimiento de nuevas empresas en el mercado y, por ende, también lo hace en la creación de nuevos empleos, sumados a la estabilidad de sus trabajos. Así, para el mercado laboral es una ventaja que la franquicia sea parte del comercio.

## **Éxito asegurado**

La franquicia, en síntesis, es el *marketing* de una idea que reproduce éxito.<sup>67</sup> Cuando el empresario interesado ingresa a la cadena de franquiciados, empieza a usufructuar la marca, los secretos empresariales trascendidos, los métodos originales de comercialización proporcionados por el franquiciante y, en fin, comienza a tener éxito sin antecedentes. La franquicia simplifica los pasos que hubiera tenido que dar para obtener prestigio y éxito en un negocio nuevo.

La franquicia es un negocio de éxito comprobado durante años; por eso, invertir en ella es tener el éxito de la inversión asegurada, ya que al iniciar una nueva actividad comercial es correr con los riesgos de la inexperiencia: no se tiene la clientela y comenzar con la investigación de los métodos más adecuados para hacer conocida la marca, la publicidad, resulta un ejercicio altamente vulnerable.

Una desventaja de este punto es que se han presentado casos en lo que las franquicias no han tenido el éxito esperado, pero no por su marca sino debido a las crisis

---

<sup>67</sup>Gerardo Santini, *El Comercio*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1998.

económicas por las que atraviesan los países en vías de desarrollo, y esto se escapa de las manos de la red de franquiciadores que no pueden controlar los impactos de las medidas macro-económicas que adoptan los gobiernos en épocas de crisis.

Sin embargo, en América Latina tenemos dos experiencias que demuestran que aún frente a las catástrofes económicas nacionales, en las que han sucumbido la mayoría de los sectores económicos, las actividades empresariales abanderadas por franquicias han logrado subsistir ante esos inconvenientes; es el caso del efecto Tango en Argentina y el efecto Tequila en México, en las cuales las empresas franquiciadas no sucumbieron.

## DESVENTAJAS

Es difícil describir las desventajas que se tienen al adquirir una franquicia, ya que son pocas, y las que existen, en la mayoría de los casos es por impericia de parte del franquiciado, ya que es él quien tiene la facultad de decidir si quiere o no formar parte de la red.

El riesgo de que cualquier negocio no funcione siempre está presente debido a múltiples causas, como son la economía del país, la sociedad, etc. Una desventaja que se desarrolla en la franquicia es cuando el franquiciado no dispone de mucho capital para invertir y busca marcas pocos conocidas y desarrolladas, las mismas que son conocidas como pseudofranquicias, puesto que no tienen en su acervo una experiencia y un probado *know how*, para asegurar al franquiciado el éxito deseado.

Otra desventaja que se genera es cuando el franquiciador llega a perder a un franquiciado; su pérdida no es tanto monetaria sino más bien de imagen marcaria. Su prestigio y su propia cadena franquiciada se podría ver afectada cuando no existe una intervención que minimice tal riesgo, que mitigue de forma emergente y urgente tal hecho.

El franquiciado, si por cualquier razón pierde el derecho de uso de la marca, queda registrado en el universo empresarial, y si las razones son dudosas, la aspiración de obtener en el futuro un nuevo contrato de franquicia resultaría bastante dificultoso.

Un caso muy peculiar de un fracaso de la franquicia es el de la reconocida cadena de renta y venta de películas Blockbuster de origen estadounidense, la misma que estuvo en el Ecuador desde 1995, pero, lamentablemente, debido a la piratería de video sin control en el país, se vio obligada a cerrar sus locales en el año 2002.

Existen también otras maneras de engañar al futuro inversionista con la máscara de las conocidas “franquicias falsas”<sup>68</sup>. Son aquellas que utilizan el término de franquicia para atraer al franquiciado, se hacen llamar franquiciadores, y su negocio no está comprobado, ni tienen un *know how* desarrollado, y si el franquiciado siguiera los pasos a operar proporcionados por el falso franquiciador se dará cuenta inmediatamente que se trata de una estafa.

Así mismo existen las “falsas buenas franquicias”. En este caso no existe una mala fe por parte del franquiciador, sino que ha confundido su rol en el mercado y se ha engañado a sí mismo con este término, y, de esta manera, llama la atención del

---

<sup>68</sup> Enrique Díez de Castro, y otros, “Fundamentos teóricos y prácticos”, *El sistema de franquicia*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2005, p. 293.

franquiciado. A diferencia de la anterior, este tipo de franquicia falsa tiene un éxito comprobado y reconocido en el mercado, pero lamentablemente el franquiciador no identifica todos los aspectos de su éxito y a la hora de transmitir su *know how* el inversionista no recibirá los conocimientos necesarios para reproducir el concepto de franquicia.

Otra desventaja es que el dueño de la marca no realiza el proceso de selección de sus futuros franquiciados, por lo cual estos no responden de forma adecuada en la asistencia y servicios ofrecidos.

Adquirir franquicias “muy caras”, donde el canon de entrada es muy elevado, es un gran riesgo que corre el franquiciado, ya que tendría como desventaja no recuperar todo lo invertido inicialmente el en tiempo que esperaba ni poder explotar el negocio.

## VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADOR

El franquiciador destaca sus ventajas en tres agrupaciones que son: las comerciales, financieras y de misión.

### 1. Comerciales

- ❖ Crecimiento. La franquicia es una oportunidad de crecimiento a nivel empresarial con ventajas de éxito financiero y de gestión.
- ❖ Nuevos mercados. La franquicia permite el ingreso de esta red a nuevos mercados en países y ciudades donde no se ha explotado la actividad marcaria ofrecida.

- ❖ Rapidez. Es una ventaja favorable para el inversionista ya que si no fuera de esta manera el crecimiento de su empresa sería más lento y costoso.
- ❖ Distribución. Como mencionamos anteriormente, esta ventaja se refleja en el bajo costo de adquisición de los productos y servicios que presta la franquicia, obteniendo los mejores precios del mercado.
- ❖ Clientes. El mejor cliente de una franquicia son sus franquiciados, ya que son fijos y conocidos, y lo que es mejor son fáciles de cobrar desde el inicio del convenio.
- ❖ Control. La franquicia, para que siga obteniendo el mismo prestigio, debe tener un control por parte del franquiciado en los temas de las ventas, en el canal de distribución, de la publicidad y del mismo franquiciado.
- ❖ Imagen de la marca. La franquicia es una ventaja ya que posee una imagen postulada en el mercado; al adquirirla, el franquiciado debe trabajar para hacerla conocer aún más en su mercado mediante campañas de publicidad en todos los medios de comunicación posible.

## 2. Financieras

- ❖ Inversiones. Al adquirir una franquicia, su inversión tiene más posibilidades de triunfar que al iniciar un negocio y expandirse con una sucursal, ya que esta toma más tiempo y dinero iniciarla.
- ❖ Ingresos. El franquiciador obtiene más ingresos vendiendo su franquicia del canon de entrada, las regalías, la publicidad y la formación.
- ❖ Gastos fijos. Los gastos que se refieren a la publicidad de la marca —el mercadeo— son compartidos con los franquiciados.

### 3. Misión

- ❖ Abastecimiento. El franquiciador, al abastecerse lo suficiente para él y para sus franquiciados tiene la ventaja de conseguir mejores precios en la materia prima y también obtener una mejor logística de la distribución.
- ❖ Selección de franquiciados. Esta es una muy buena ventaja que tiene el franquiciador al tener la facultad de seleccionar a sus franquiciados, y, de esta manera, escoger al mejor candidato para convertirse en franquiciado. Esto logra que este elemento sea clave para el éxito empresarial.
- ❖ Motivación. Es un factor importante dentro de la franquicia, ya que la motivación no solo es del franquiciador sino también del franquiciado, quien tiene que estar a cargo personalmente de su nuevo negocio y también de sus empleados.

### DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIADOR

Los inconvenientes<sup>69</sup> a los que se debe enfrentar el franquiciador son los siguientes:

1. Desacuerdos entre franquiciador y franquiciado.

En el título de la definición del contrato comparamos a la franquicia con un matrimonio y, como sabemos, estas sociedades tienen sus conflictos, y de la misma manera también se acaban. Así mismo ocurre con la franquicia, existen inconvenientes entre el franquiciador y el franquiciado.

El principal inconveniente nace de la desconfianza que existe entre las partes. Si no se da una clara y precisa comunicación entre ambas, se produce este gran problema

---

<sup>69</sup> Enrique Díez de Castro, y otros, “Fundamentos teóricos y prácticos”, *El sistema de franquicia*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2005, p.282.

que los separa y puede llegar hasta la culminación del convenio. De otro lado está el control que realiza el franquiciador al concesionario de la marca en sus ventas, en la distribución, en el manejo y aplicación del *know how*. Esto provoca un rechazo por parte del franquiciado. Sumados estos dos inconvenientes aparece otro: la desconfianza en los pagos de las regalías por parte del franquiciado en el total de sus ventas.

## 2. Individualismo del franquiciado.

Todo empresario tiene la particularidad del individualismo, ya que a la mayoría de los sujetos gustan de hacer las cosas por sí solos, sin la necesidad de terceras personas que les enseñen la manera en la que deben realizar sus actividades. Pero la franquicia se resiste a esta forma de proceder, ya que, dentro de la cadena, está establecido el control, el apoyo, la asesoría, que no permiten al franquiciado actuar por propia iniciativa o autonomía fuera de los lineamientos establecidos en el proceso de *know how*.

## 3. Personal franquiciado.

El franquiciador tiene como ventaja la facultad de escoger a sus franquiciados, pero se transforma en un gran inconveniente cuando el franquiciado seleccionado no es competente para llevar adelante la franquicia, lo que va a provocar que su imagen se desvalore y su prestigio de la marca quede en riesgo. Este problema se da por la irresponsabilidad por parte del franquiciador en seleccionar a un franquiciado que no cuente con las cualidades necesarias para asumir su rol. Otro problema es no establecer un correcto sistema de selección.

#### 4. Creación de un potencial competidor.

Esta desventaja es la más complicada de manejar, ya que el franquiciador debe entregar todos los conocimientos y su asesoría al franquiciado para que pueda operar de la misma manera que él la franquicia. El franquiciador al transmitir su *know how* y a la vez está formando a un potencial competidor para el futuro. Por esta razón, dentro del contrato de franquicia se debe incluir la cláusula de “no competencia” por parte del franquiciador, después de haber concluido el contrato con su franquiciador, y en la cual se aclare que no puede ejercer la misma o similar actividad en un plazo determinado, así como tampoco lo podrá realizar dentro del mismo espacio territorial-jurisdiccional donde estaba la franquicia.

#### VENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

De la misma manera como hicimos con el franquiciador, aquí tenemos los tres segmentos en los que se beneficia el franquiciado.

##### 1. Comerciales

- ❖ Marca prestigiosa. El hecho de adquirir una franquicia tiene la ventaja de que su nombre y su marca son reconocidos por los clientes más fácilmente.
- ❖ Publicidad y promoción. La franquicia tiene listo el diseño y los *spots* publicitarios que le permiten al franquiciado incrementar su notoriedad en el mercado, y a su vez atraer clientes a su actividad comercial.
- ❖ Independencia. Esta es una característica que destaca a la franquicia: que no se debe a una casa matriz.

- ❖ Éxito rápido. El franquiciado tiene grandes posibilidades de obtener un éxito rápido desde el inicio de su actividad, por el mismo hecho del reconocimiento de la marca.
- ❖ Centrar su esfuerzo en la venta. El franquiciado, al obtener la mayor parte de las facilidades del negocio, concentra todos sus esfuerzos comerciales en aumentar las ventas lo más rápido posible.
- ❖ Precio. Dentro de la transmisión de conocimientos por parte del franquiciador también existen los precios, no necesariamente los mismos a la de la franquicia pero si en un margen que depende a la economía del país y a la de la propia franquicia.
- ❖ Información del mercado. La franquicia le concede al franquiciado un estudio de mercadeo de cómo está la situación actual en su territorio para que decida si quiere o no formar parte de la cadena.

## 2. Financieras

- ❖ Facilidades financieras. Esta es una ventaja muy favorable para el franquiciado, ya que conseguir un préstamo en una entidad bancaria no solo toma tiempo, sino que también existe la posibilidad de que este crédito sea negado, pero cuando se comprueba que va a ser invertido en una franquicia de éxito conocido, se tiene todas las probabilidades de que la confianza de los bancos aumentará y que dicho crédito será aprobado.
- ❖ Rentabilidad. Obtener la información “a priori”, es decir, antes del comienzo de sus actividades, sobre la estabilidad de la franquicia de un periodo entre tres y

cinco años demuestra al franquiciado que, al formar parte de la cadena, tiene una ventaja asegurada frente a otros negocios en el comercio.

- ❖ Seguridad. Al haber analizado el éxito que tiene la franquicia en el comercio, esta da la seguridad de que el franquiciado tiene un índice menor de fracaso. Algunos autores evalúan que solo uno de cada diez negocios que cierran es franquiciado.

### 3. Misión

- ❖ Recibe experiencia. En la mayoría de los casos el fracaso de los negocios se da por falta de experiencia. Recibir todo el conocimiento del funcionamiento del negocio beneficia al franquiciado para que no cometa errores en el manejo de su franquicia.
- ❖ Formación y asistencia. El franquiciado no solo recibe la información y el *know how* desde el inicio como parte de la red, sino que también en el lapso de vigencia que dura el contrato, constantemente él y su personal reciben una capacitación de cómo operar en el negocio, la adecuada atención al cliente, la administración de los bienes y sobre la contabilidad de las ventas.
- ❖ La normalización del proceso de gestión hace que este proceso sea mucho más fácil de manejar.

### DESVENTAJAS PARA EL FRANQUICIADO

Los inconvenientes que presenta el franquiciado son los siguientes:

1. **Contraprestaciones.** El primer inconveniente que surge para el franquiciado es el pago que tiene que realizar para formar parte de la red de franquicias, lo cual hace que el franquiciado, desde el inicio, tenga un endeudamiento mayor al esperado, entonces, el franquiciado se cuestiona si el precio para el canon de entrada es el justo o no.

Por otra parte, también está el pago de las regalías periódicas que tiene que hacer el franquiciado al franquiciador, que genera otro problema, pero este se lo resuelve conjuntamente.

Sin embargo es de reconocer que cuando un inversionista decide incorporarse a una cadena reconocida de bienes o servicios, sabe que el costo de incorporación a ella tiene una tasa de retorno confiable, lo que minimiza esta desventaja.

2. **Fracaso de la cadena.** Como se analizó, el fracaso de una franquicia no solo depende del franquiciador ni del franquiciado sino también del medio, de la sociedad y de la economía del país. Fuera de ello, el franquiciado se perjudica en la pérdida de la inversión realizada, en el prestigio como empresario. Esta desventaja es propia del porcentaje de riesgo que lleva implícita toda actividad comercial, donde los factores exógenos a la naturaleza propia del negocio pueden deteriorar la estructura y el plan de negocios.
3. **Conflicto de intereses.** Esta desventaja se relaciona con las contraprestaciones. Mientras mayor sea el pago por parte del franquiciado al franquiciador, los márgenes de este último disminuirían, y en el mismo sentido si es lo opuesto. Y esto se produce cuando los intereses son contrapuestos, y la única manera de

solucionarlos es a través de la confianza y de una clara valoración del retorno de la inversión frente a los niveles de venta de los bienes y servicios proyectados en el plan de negocios, que sirvió como base para la suscripción del contrato de franquicia.

4. Pérdida de independencia. Como hemos visto anteriormente, existe una independencia entre el franquiciado y el franquiciador, pero esta independencia se da desde el punto de vista jurídico, mas no para realizar su actividad comercial. Esta pérdida de independencia se da desde el nombre de la empresa hasta cómo operarla, puesto que el receptor de la franquicia debe cumplir todas las exigencias para la operación del *know how* sin que se altere en lo mínimo la imagen, calidad, cantidad y precios convenidos por las partes contratantes.
5. Cesión del contrato. En el contrato de franquicia se estipulan impedimentos a la cesión o traspaso del contrato por el franquiciado a otra persona. El problema se genera cuando, en el caso de que sí se pueda dar la cesión, los costos son muy elevados para el franquiciado, a tal punto de perder más que el canon de entrada que se dio para formar parte de la cadena. La cesión de contrato se encuentra contenida en la mayoría de los contratos comerciales y civiles, toda vez que nacen de la identificación de los sujetos contractuales y de la confianza obtenida de la investigación del origen y actividades que desarrolla el franquiciado.

### 3.8. ASOCIACIONISMOS EN LA FRANQUICIA

La franquicia es un sistema comercial de continuo progreso en el mercado, tanto en países desarrollados como los que están en vías de desarrollo. La gran mayoría de empresarios manifiesta que la franquicia es una alternativa de crecimiento para sus empresas, pero así mismo también tiene su riesgo, como se analizó anteriormente. En este caso se reflexionará sobre los inconvenientes que se presentan en la franquicia, y como producto, el nacimiento de las asociaciones en cada país.

La Constitución Política del Ecuador, en el numeral 13 del artículo 66, respalda el derecho de asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.<sup>70</sup>

1. Intrusismo. Según la definición del diccionario Planeta<sup>71</sup>, “ejercicio fraudulento de una profesión, sin títulos para ello”. En el caso de la franquicia, esto se da cuando se multiplican las empresas, y estas adoptan el nombre de franquicia, pero no cumplen con las bases elementales de la transmisión del conocimiento, ni del *know how*.
2. Imagen. Es lo más representativo de la franquicia, cuenta con el apoyo de entes públicos y comerciales, pero aquí también existen abusos por parte de los franquiciadores, muy complicados de suprimir, y esto ocasiona que la imagen del sector se vea perjudicada.
3. Falta de cultura y madurez sobre el concepto de franquicia. El crecimiento apresurado de las franquicias ocasiona dos problemas: la falta de formación y de experiencia.
4. Marco legal. Como se ha manifestado anteriormente, la existencia de un vacío legal nos lleva al incremento de situaciones desequilibradas y abusos del

---

<sup>70</sup> Constitución Política del Ecuador, Num. 13, Art. 66, R.O. N° 449 de 20 de octubre 2008; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>71</sup> *Diccionario Planeta de la Lengua Española Usual*, Barcelona-España, Editorial Planeta, 1989, p. 718.

franquiciador hacia sus franquiciados. Pero, por otra parte, la existencia de una legislación poco flexible conduciría a la disminución del desarrollo de la franquicia.

Entonces, una manera de frenar los problemas que se susciten en este tipo de contratos está en la creación de asociaciones de franquicia. Por ejemplo, en el primer punto, el intrusismo, ya que en la franquicia se defiende los principios éticos o deontológicos, y se debe regir bajo la aplicación de unas relaciones equilibradas entre franquiciador y franquiciado. Las asociaciones son quienes pueden y deben convertirse en un filtro que impida en la medida de lo posible dicho intrusismo.

En el segundo y tercer caso de los problemas, las asociaciones son quienes deben integrar parte de la formación de la imagen y de una cultura de la franquicia, es decir, realizar conferencias informativas y seminarios para quienes deseen ser parte de una franquicia, etc.

Con respecto al marco legal, existen dos posiciones, los que están de acuerdo en que se norme el contrato de franquicia, y quienes no lo están, y ahí nacen distintos tipos de asociaciones en el sistema, dentro de las cuales son fundamentales las asociaciones de franquiciadores.

## LAS ASOCIACIONES DE FRANQUICIADORES

La mayoría de los países se han ido agrupando en asociaciones, las mismas que han dado paso a la constitución de organizaciones internacionales. Las asociaciones se inician con los siguientes principios comunes<sup>72</sup>:

- Iniciar y desarrollar la franquicia en su país o zona geográfica.
- Ayudar a mejorar la imagen de la franquicia.

---

<sup>72</sup>Enrique Díez de Castro, y otros, "Fundamentos teóricos y prácticos", *El sistema de franquicia*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2005, p. 367.

- Fijar un código de ética para el cumplimiento de los miembros de la asociación.
- Defender los bienes de los asociados.
- Prestar servicios a los asociados.
- Asesoría en general, y asesoría jurídica.
- Formación sobre franquicia y temas relacionados.
- Apoyo para el desarrollo nacional e internacional de las franquicias.
- Biblioteca con libros y revistas que contengan información sobre franquicia.
- Comité científico con el fin de profundizar en la investigación sobre la franquicia.
- Organizar seminarios, entrevistas, programas que promuevan al conocimiento de la franquicia a nivel nacional e internacional.

Una real y verdadera asociación es aquella que se desarrolla bajo los términos de un código deontológico serio y completo. De esta manera, la notoriedad de dicha organización llega a tener credibilidad.

Pero, lamentablemente, la realidad es otra. Las asociaciones son poco numerosas y de poca popularidad, a tal punto que admiten asociados no consolidados en la franquicia, y donde sus códigos de ética son considerados incompletos.

Para que una asociación llegue a tener una buena reputación, debe manejarse bajo unas normas de estricto control, tanto para el ingreso como para permanecer como miembro de la asociación. De esta forma se aumentaría el número de franquiciadores y de sus franquicias reconocidas. Como ilustración a lo descrito anteriormente, detallaré de forma breve algunas de las asociaciones de franquiciadores más conocidas a nivel mundial:

## ❖ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FRANQUICIADORES (AEF)

Esta asociación nace en 1994 como consecuencia del interés de algunas firmas preocupadas por el buen nombre y el correcto desarrollo de la franquicia. El objetivo de los fundadores fue, desde un primer momento, defender y proporcionar la correcta aplicación del sistema de franquicia, adoptando de entrada el Código Deontológico Europeo de la Franquicia como elemento de obligado cumplimiento para los socios de la AEF<sup>73</sup>.

Pueden ser miembros participantes aquellas empresas o profesionales relacionados con el sistema de franquicias a través de la aportación de diversos servicios, la facturación de los socios de la AEF es del 66% del volumen de negocio del mercado nacional y La A.E.F. es miembro de la FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE FRANQUICIAS (F.I.A.F) y del WORLD FRANCHISE COUNCIL (W.F.C.).<sup>74</sup>

Los principales objetivos de la asociación son los siguientes:

- La defensa de los principios deontológicos y bases teóricas que deben regir la aplicación de la franquicia en España.
- La representación, defensa y promoción de los intereses económicos, sociales y profesionales de sus miembros.
- Promover contactos y colaboraciones con otras organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional dedicadas a fines similares a los de la Asociación.

---

<sup>73</sup> *Libro Oficial de la Franquicia en España*, AEF (Asociación Española de Franquiciadores), Valencia, 1997, p. 14.

<sup>74</sup> [www.franquiciadores.com](http://www.franquiciadores.com)

## ❖ ASOCIACIONES DE FRANQUICIADORES A NIVEL INTERNACIONAL

La Federación Europea de la Franquicia (EFF) fue fundada en 1972, como un consorcio de intereses europeos ante las organizaciones internacionales, cuyo principio es el desarrollo de la franquicia de acuerdo a la normativa del Código Deontológico Europeo. Sus miembros pueden ser nacionales o franquicias que no sean europeas y quienes estén interesados en la franquicia. Sus principales objetivos son:

- Promocionar la franquicia en Europa.
- Representar los intereses de la industria de la franquicia en las organizaciones internacionales, como la Comisión Europea y el Parlamento Europeo.
- Estar al servicio de las asociaciones miembros.

En 1994 se creó el Consejo Mundial de la Franquicia, en una decisión de la reunión de ejecutivos de asociaciones nacionales de la franquicia.

## ❖ ASOCIACIÓN ECUATORIANA DE FRANQUICIADORES (AEDEF)

Nace en el año 2005 en la ciudad de Quito, mediante un lanzamiento de Expo Franchise y la Primera Feria de Oportunidades de Negocio y El Comercio Asociado. Es una entidad sin fines de lucro, la cual tiene un reconocimiento internacional y un respaldo de asociaciones como la Federación Iberoamericana de Franquicias (FIAF), la Asociación Española de Franquiciadores (AEF), la Asociación Brasileña de Franchising (ABF), la Cámara Peruana de Franquicias, la Asociación Argentina de Franchising (AAF), la Cámara Chilena de Franquicias y la Cámara Venezolana de Franquicias (PROFRANQUICIAS), quienes suscribieron su acta constitutiva.

Sus principales objetivos son los siguientes<sup>75</sup>:

- “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 él 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”.

## LAS ASOCIACIONES DE FRANQUICIADOS

Para que exista un equilibrio en el mercado de las franquicias es necesaria la creación de asociaciones de franquiciados, así como también para contrarrestar el poder de los franquiciadores y promover el sistema de franquicia. Según manifiesta el tratadista

---

<sup>75</sup> [www.asofranquicias.com/objetivos.htm](http://www.asofranquicias.com/objetivos.htm)

Purvin<sup>76</sup>, los objetivos de los franquiciados pueden ser muy amplios. Enumeraré los principales:

1. Representación legal de los franquiciados. La posibilidad de defensa de los franquiciados frente a los reconocidos franquiciadores es muy frágil, esto debido a la escasez de recursos, y como resultado de esto la mayoría de franquiciados desiste de la idea de una confrontación legal por falta de buenos abogados especializados en el tema. Por estas razones es evidente la necesidad de una asociación de franquiciados.
2. Reuniones de franquiciados. Las reuniones entre franquiciados dan la oportunidad de compartir y comparar las experiencias de cada franquicia representada, así como también los pagos y las contraprestaciones que cada uno recibe. De esta manera pueden llegar a servir como canalizadores de ideas e innovaciones para las franquicias.
3. Influir en la legislación sobre franquicia. Como se ha tratado en líneas anteriores, lamentablemente la franquicia no cuenta con una normativa clara y específica. En los últimos años, gracias a la presencia de asociaciones de franquiciadores, se ha podido dar un gran paso para llenar el vacío legal y, de esta manera, dar una pauta para la elaboración de las disposiciones. Por otra parte, es importante que se involucren las asociaciones de los franquiciados para influir en la creación de disposiciones a su favor.
4. Sello. Es otorgado por la asociación en señal de aprobación de que la franquicia es justa y equitativa en las relaciones entre franquiciador y franquiciado.

La asociación de franquiciados de Estados Unidos elaboró y aprobó la siguiente

Declaración de Derechos del Franquiciado:

---

<sup>76</sup> Robert L. Purvin, *El fraude en las franquicias: cómo protegerse antes y después de invertir*, México Primera Edición, 1995, p. 226.

Los franquiciados de Estados Unidos, y representando lo mejor del espíritu empresarial estadounidense, reconocemos y demandamos, por este acto, un mínimo básico de dignidad comercial, equidad y justicia. Por lo tanto, los franquiciados de Estados Unidos proclamamos esta Declaración de Derechos, como los requisitos mínimos de un sistema de franquicias equitativo y justo.

- Derecho a una igualdad en los negocios franquiciados.
- Derecho a comprometerse en un comercio o negocio (continuar con o sin franquiciador).
- Derecho a entablar una relación fiduciaria con el franquiciador (relación de confianza pero en plano de igualdad).
- Derecho a la protección de la marca comercial (hay que verificar la propiedad de la marca y protegerla contra otros que quieran usarla).
- Derecho a la protección del mercado.
- Derecho a una información completa por parte del franquiciador.
- Derecho a una capacitación inicial y regular.
- Derecho a la asesoría y apoyo continuos.
- Derecho a la asesoría en la comercialización.
- Derecho a asociarse con otros franquiciados.
- Derecho a la representación y al acceso al franquiciador.
- Derecho a la resolución local de las disputas y a la protección de las leyes y de los tribunales que rijan la jurisdicción del franquiciado.
- Derecho razonable para renovar la franquicia y derecho para no enfrentar la terminación a no ser que exista una causa para ello.
- Derecho recíproco a terminar el contrato de franquicia por una causa razonable y justa.
- Derecho a competir a la postterminación.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Robert L. Purvin, *El fraude en las franquicias: como protegerse antes y después de invertir*, México, Primera Edición, 1995, p. 228

## **CAPÍTULO IV**

### **TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

El contrato de franquicia, como cualquier otro contrato mercantil, está integrado por tres fases que se han ido analizando: el nacimiento de la franquicia, el desarrollo y la ejecución de esta figura jurídica, y la que se estudiará en este acápite, que es la terminación del contrato de franquicia, así como también sus consecuencias.

Al igual que todos los contratos de tracto sucesivo, la voluntad de ambos contratantes puede poner fin al contrato de franquicia. Si se trata de una franquicia internacional, ya sea del tipo unitario, maestra o de desarrollo, otorgada a favor de un contratante local o viceversa, se impone una serie de consideraciones especiales que son las siguientes:

#### **4.1. TIEMPO DE DURACIÓN DEL CONTRATO**

La duración del contrato de franquicia se puede celebrar a término fijo o a término indefinido, aunque esta última manera no significa para toda la vida, sino una prórroga o que se renueva en forma periódica. La prórroga supone que el contrato de franquicia se mantenga en las mismas condiciones y con el mismo tiempo que el contrato original. Y el de renovación significa que se realiza un nuevo contrato.

Como se muestra, el contrato de franquicia es variable, puede oscilar de uno a veinte años, pero, en la mayoría de contratos, su duración es de tres a cinco años. Un ejemplo muy particular se da en Francia, donde el cuarenta por ciento de los contratos

tienen una duración inferior a cuatro años, y otro cuarenta por ciento, una duración de cinco años.

La doctrina internacional afirma que los contratos de mayor inversión deben tener un periodo de vigencia entre diez y veinte años. Respecto de esta aseveración, el tratadista Marzorati se pronuncia favorablemente. Es indudable que entre los factores primordiales que inciden en la duración del contrato de franquicia están la inversión realizada y el tipo de actividad que realiza la franquicia. Con respecto a la inversión que efectúa el franquiciado, cuanto más alto sea el monto de lo invertido, parece lógico pensar que su plazo debe ser mayor para que el franquiciado disponga de un período de tiempo apropiado para saldar una tasa de retorno en poco tiempo.

En las franquicias en las que no exigen cuantiosos montos para el franquiciado, los contratos son de poca duración, ya que se supone que el receptor del contrato logrará saldar su inversión en poco tiempo. Al terminar el contrato de franquicia, cualquiera de las dos partes tiene la opción de ceder el contrato a una tercera persona. El antiguo franquiciado puede ceder el contrato a un tercero, siempre y cuando se trate de una decisión consensuada con el franquiciador. Así, ese último deberá juzgar o no la conveniencia de este nuevo candidato, determinar si cumple con los requisitos precisos para llevar adelante el negocio y valorar los nuevos costos de formación. Muchos contratos incluyen la llamada “cláusula de agrado”, en el supuesto de cesión de franquicia. El nuevo candidato debe tener todos los requisitos y aceptar todas las condiciones impuestas por el franquiciador.

En el transcurso del tiempo que dura un contrato de franquicia, pueden originarse diferentes sucesos por parte del franquiciado:

- *Cesión o ventas a terceros.* Se puede dar la opción de que al franquiciado le ofrezcan un mejor precio por la franquicia, o tenga que abandonarla por otras causas, siempre y cuando se estipule esta cláusula en el contrato.
- *Fallecimiento del franquiciado.* La muerte del franquiciado ocasiona que sus herederos puedan continuar con la franquicia, si ambas partes están de acuerdo; o haya sido debidamente incorporada esta disposición en el contrato.
- *Jubilación.* El franquiciado está en todo su derecho de retirarse o jubilarse al llegar a cierta edad y, por lo tanto, tiene la posibilidad de venta o cesión del negocio a terceros o a la familia; siempre y cuando esta invocación forme parte del contrato.
- *Enfermedad.* El franquiciado puede sufrir de una enfermedad o incapacidad física que le impida seguir al frente de la franquicia, la misma que debe ser valorada a efectos de dar la posibilidad de cesión de los derechos del contrato. Para tranquilidad de las partes, se sugiere la incorporación de una estipulación especial para este evento.

Existen otras circunstancias a parte de la cesión del contrato por parte del franquiciado y también puede darse la aportación por su parte a una sociedad, o la cesión o venta de la cadena por parte del franquiciador, y este tipo de negocio es más común de lo que se piensa; el éxito de una red franquiciada se da por su desarrollo.

#### **4.2 ORÍGENES DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO**

Los contratos de franquicia advierten generalmente diferentes mecanismos de rescisión del contrato, en función del riesgo de la causa que da origen al ejercicio de esa facultad por el franquiciante. La terminación del contrato de franquicia puede darse por la falta de organización del franquiciante, por el deficiente funcionamiento de la red, por el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, por el fallecimiento de uno de los contratantes, porque sobrevengan circunstancias imprevistas que hagan el contrato más oneroso para una de las partes, por la insolvencia de cualquiera de las partes y por el incumplimiento del pago de las regalías, entre otras.

A continuación se estudiarán las principales causales de terminación del contrato de franquicia.

#### 4.2.1. CUMPLIMIENTO DEL PLAZO

El contrato de franquicia culmina por el cumplimiento del plazo previsto en el contrato. Sin embargo, las partes pueden convenir, en una de las cláusulas, que al expirar el término del contrato, se prorrogará o renovará por un periodo igual. Es aconsejable que las partes tengan claridad sobre los alcances y efectos de cada uno de estos temas jurídicos, puesto que, como ya se explicó, no es lo mismo hablar de prórroga que de renovación.

El plazo es el tiempo que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo<sup>78</sup>. Llegado el plazo previsto para la terminación del contrato de franquicia, el contrato se extingue. El plazo extintivo del contrato de franquicia puede ser determinado, por ejemplo, cuando el franquiciante

---

<sup>78</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 33, R.O. Nº 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

fija de antemano un día cierto. Así mismo, el plazo extintivo es convencional cuando el franquiciante y el franquiciado señalan en el contrato su fecha de terminación.

Los derechos y obligaciones derivados del contrato de franquicia nacional o internacional están llamados a extinguirse por el cumplimiento del plazo estipulado para su duración. El plazo extintivo<sup>79</sup> pone fin al contrato de franquicia y, por ende, el franquiciado no podrá seguir explotando la misma actividad, ni podrá utilizar los mismos signos distintivos o usufructuar el *know how* que le proporcionó el franquiciante al momento de hacer la concesión de la franquicia, a menos, claro está, que las partes decidan renovar el contrato.

Extinguida la relación contractual entre el franquiciante y el franquiciado por haberse ejercido la opción del preaviso con suficiente antelación, la otra parte dispone del tiempo necesario para adoptar las medidas que considere pertinentes. Si es el franquiciado quien no desea prórroga del contrato de franquicia, el franquiciante podrá seleccionar a otro candidato a franquiciado para que continúe con la explotación del negocio. También una vez finalizada la relación comercial por este motivo, el mismo franquiciante está en capacidad de asumir directamente la explotación del negocio en la zona que se había asignado. Si, por el contrario, el franquiciante ejerce esta opción, el franquiciado tendrá que prepararse para liquidar el negocio y deberá precaver las consecuencias económicas de la terminación del contrato.

---

<sup>79</sup> Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*, Bogotá, Editorial Temis, 1994, p. 546. "Cualquiera que sea su origen, el plazo extintivo o término, como lo nota esta última expresión. Le pone fin al acto moralizado y, por ende, a su eficacia futura, los efectos producidos por el acto antes de la expiración del plazo no se modifican por el vencimiento de este".

Como se mencionó al inicio del capítulo, el contrato de franquicia no solo se puede terminar por causa del cumplimiento del contrato sino también porque el franquiciado no está cumpliendo con el pago de las regalías convenidas, o porque el negocio franquiciado no está arrojando los rendimientos financieros previstos, por culpa imputable del franquiciado. Una estipulación de esta naturaleza en el contrato de franquicia no puede interpretarse como abuso del derecho, sino como una causal legítima de terminación del contrato, pues, al fin y al cabo, el franquiciado está obligado a ser diligente en la explotación de la empresa franquiciada; por lo tanto, responde de la leve culpa en el desarrollo y ejecución del contrato.

Es indiscutible que la extinción de una relación contractual de franquicia, por la llegada del plazo, no genera obligación de indemnizar perjuicios. Dicho plazo no da lugar a que el franquiciado pueda exigir el resarcimiento de daños y perjuicios por la pérdida de la clientela, puesto que esta, conseguida por el franquiciado durante la vida del contrato, es del franquiciante. El cliente o consumidor es seguidor de la marca, del prestigio del franquiciante, pero no del franquiciado.

#### 4.2.2. POR INCUMPLIMIENTO

En caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato de franquicia, la parte perjudicada por cualquier circunstancia podrá terminar el contrato. En efecto, las partes, desde el principio, contraen unas obligaciones específicas sobre el pago del precio, transmisión del *know how*, suministro de mercaderías, aprovisionamiento de insumos, etc., que se consignan en el contrato que suscriben. De manera que lo convenido en el contrato se debe cumplir; de lo contrario, el contrato se

debe terminar. De modo tradicional, esto es más que un reflejo del principio de la autonomía de la voluntad, según el cual el contrato es ley para las partes. Ahora bien, si una de las partes incumple, la parte afectada por el incumplimiento de la otra puede reclamar la terminación del contrato con la correspondiente indemnización de perjuicios.

El incumplimiento del contrato puede causarse porque el franquiciado no paga oportunamente las regalías estipuladas en el contrato original; porque hace una deficiente publicidad del negocio, que se traduce en bajos rendimientos financieros para el franquiciante; divulga sin autorización del franquiciante los secretos empresariales transmitidos; incumple sistemáticamente con el pago de los insumos y materia prima suministrada por el franquiciante; no fabrica los productos con la calidad exigida por el franquiciante; concede subfranquicias en las zona donde explota la franquicia sin tener la calidad de máster franquiciado; sublicencia la patente y la marca concedida por el franquiciante sin autorización, entre otros.

El franquiciante incumple el contrato cuando no suministra las mercaderías, los insumos y la materia prima al franquiciado, habiéndose obligado a ello en el contrato original; no proporciona la asistencia técnica continua a que está obligado desde el principio; concede franquicias en el mismo territorio del franquiciado, habiéndole concedido una franquicia en exclusiva; no suministra la información suficiente para poner en funcionamiento el *know how* de la franquicia; no le garantiza el franquiciado el uso y el goce pacífico de la propiedad industrial o de los bienes muebles entregados para la explotación de la empresa franquiciada por vicios jurídicos o por vicios en las cosas, entre otros.

De igual manera, si el franquiciado no explota la franquicia adecuadamente, o de acuerdo con los itinerarios señalados por el franquiciante y, por consiguiente, causa graves perjuicios al franquiciante, a la red o si divulga el *know how* transmitido sin la debida autorización, no solo está incurriendo en serios motivos para que el franquiciante dé por terminado el contrato, sino que, además, está en la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

#### 4.2.3. POR MUERTE O INCAPACIDAD DE LAS PARTES

##### **Muerte o incapacidad del franquiciado**

La muerte o incapacidad del franquiciado es una causal de terminación del contrato de franquicia. Si se trata de una persona física que reúne ciertas cualidades especiales para explotar la franquicia es *intuitu personae*. Es recomendable, entonces, que tal circunstancia se incluya en el contrato.

Al producirse la muerte del franquiciado, el contrato se concluye definitivamente sin que la familia pueda continuar con la explotación de la empresa franquiciada, a menos que lo contrario se haya estipulado. Existen contratos internacionales de franquicia en los cuales se pacta la facultad del franquiciado o de sus herederos de presentar al franquiciante un candidato para operar la franquicia, sea heredero o no, dentro de cierto plazo luego del deceso del franquiciado. Si el franquiciante, a su vez, no acepta, dentro de un cierto plazo, al que se denomina “operador sustituto”, entonces se resuelve la franquicia.

Por otra parte, el fallecimiento del franquiciado dará lugar para que se inicie el proceso sucesorio, en cuyo caso se designará un administrador judicial que se encargará de seguir operando la franquicia mientras se efectúa la correspondiente liquidación y adjudicación a los respectivos herederos; sin embargo, si el franquiciado designó un albacea en el testamento, será él quien asuma la administración de la franquicia. De todas maneras, el contrato de franquicia se extingue y el administrador o el albacea no podrán continuar con la explotación del negocio en las mismas condiciones que tenía el franquiciado que ha fallecido. Su gestión es temporal, pues se trata tan solo de administrar la franquicia mientras se tramita el proceso de sucesión.

Si quien falleció fue un *máster* franquiciado, el franquiciante puede optar por la designación de un subfranquiciado como nuevo *máster* franquiciado, a fin de no perjudicar el funcionamiento de la red y, por ende, ver disminuidos sus ingresos. También puede optar por la apertura de un proceso de selección de un *máster* franquiciado, si considera que los franquiciados locales no satisfacen sus expectativas.

### **Muerte o incapacidad del franquiciante**

Una de las posibilidades que se plantea en la doctrina internacional<sup>80</sup> para la continuación del negocio es que los descendientes del franquiciante se hagan cargo del negocio, siempre y cuando tengan experiencia en su manejo y administración, conozcan a los franquiciados, sepan atender oportunamente sus necesidades, y tengan la suficiente visión de negocios para mantener el posicionamiento de la marca.

---

<sup>80</sup> Fabián López Guzmán, *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, pp. 760 y 761.

Otra de las alternativas en las que coincide la doctrina internacional (Marzorati, Kleidermacher, Echebarría Sáenz) consiste en que los franquiciados antiguos y más experimentados nombren un comité, constituyan una sociedad comercial, o designen a un franquiciado para que se encargue de la dirección de la compañía. No es aconsejable que se contrate a una empresa especializada (*management*) para que asuma la gestión de la franquicia, por razones de orden práctico. En primer lugar, porque, a diferencia del franquiciante o de los franquiciados, el administrador externo no tiene la experiencia y el conocimiento del negocio. En segundo lugar, porque el administrador externo es ajeno a la idea de colaboración que subyace en el negocio de franquicia; a él solo le interesa cobrar su salario e irse a casa con la seguridad de que cumplió con su horario. Lo demás: las estrategias para el mejoramiento de la franquicia, los trabajadores, los pedidos de los franquiciados, la competencia local, la cobertura oportuna de los seguros de la franquicia, los rendimientos de los últimos meses, etc., le tienen sin cuidado. En cambio a los franquiciados o descendientes del franquiciante, que son quienes deben afrontar nuevos retos tras su muerte, sí les interesa resolver toda esta problemática comercial y de negocios.

En todo caso, los franquiciados son los más empeñados en que el negocio de franquicia siga funcionando, ya que invirtieron todos sus recursos para ingresar a la red y deben amortizar su inversión y obtener las utilidades examinadas.

Se considera que la mejor alternativa es la codirección empresarial o cogestión entre los franquiciados, a pesar de que esta modalidad de gestión empresarial ha sido utilizada en el derecho laboral en países como Alemania, Holanda y España, para, de un lado, facilitar la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa

y, por otro, propiciar un equilibrio entre los intereses de los trabajadores y los empresarios, sin perjudicar la supervivencia de la empresa.<sup>81</sup> Se piensa que esta figura se puede aplicar con éxito a la administración de las franquicias.

#### 4.2.4. LA DECISIÓN UNILATERAL

Esta modalidad se utiliza para la terminación de una franquicia que no está condicionada al cumplimiento de un plazo o una condición, o para aquellos en que, existiendo plazo o condición, se ha querido dejar abierta la posibilidad de terminarlo antes del cumplimiento de uno u otro. En este supuesto, la parte que resuelve deberá notificar a la otra con una antelación suficiente, para que así pueda concluir sus negocios pendientes.

La decisión es un acto jurídico derivado del contenido mismo de las cláusulas contractuales, las mismas que habilitan la facultad de ejercer ese derecho cuando la otra parte estuviese incurso en algún incumplimiento que dé como resultado la acción determinación unilateral del instrumento contractual. Esto responde a la consecuencia jurídica y del principio del Código Civil ecuatoriano en su artículo 1561, que establece que el “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...).”<sup>82</sup> Por lo tanto, la discrecionalidad de cualquiera de los sujetos intervinientes no genera derechos para declarar terminado el contrato por su libre albedrío.

---

<sup>81</sup> Fabián López Guzmán, *El derecho de empresa. La participación de los trabajadores. La cogestión*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

<sup>82</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art, 1561, R.O. Nº 46: 24-06-2005; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vasta jurisprudencia ha ratificado estos principios jurídicos. Para ello creo necesario recordar lo pronunciado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, el 8 de julio de 2002, dentro del juicio verbal sumario que por incumplimiento de contrato que siguió Imbaseguridad Cía. Ltda. contra Emelnorte S.A., sobre la posibilidad de terminación del contrato en forma unilateral:

Es claro el contenido de la cláusula sexta del contrato que regulaba la seguridad de las dependencias de EMELNORTE S.A. por cualquier causa y naturalmente se había fijado que EMELNORTE S.A. por cualquier causa que considere justificable, podría dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier tiempo de vigencia del mismo, sin indemnización alguna, con la única condición que debía notificarse por escrito a IMBASEGUROS Cía. Ltda. La gerencia de EMELNORTE S.A. notificó con fecha 5 de enero de 1999 la decisión de terminar la vigencia del contrato hasta el 31 de enero, lo cual es absolutamente legal, porque en forma unilateral EMELNORTE S.A. podía dar por terminado el contrato, por cualquier causa que considere justificable. Ciertamente que no se indicó la causa que considera justificable EMELNORTE S.A., porque no había necesidad de expresarla, pues, estaba en el libre criterio de obra en forma unilateral (...).

#### **4.3. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO**

Como consecuencia de la terminación del contrato de franquicia, el franquiciado no puede seguir usando ni el nombre ni el *know how*, ni las patentes del franquiciador, como tampoco puede copiar el sistema y está obligado a devolver manuales y quitar carteles. Al no hacerlo, infringe los derechos del franquiciante, protegidos por reglas de

propiedad intelectual, lo cual genera las acciones pertinentes del caso. Sin embargo, el franquiciado que durante el curso de la relación conoció un sistema de comercialización, puede hacer algo menos evidente que infringir los derechos del franquiciante: puede lanzar su propio sistema de negocio fundado en los conocimientos adquiridos.

En este punto el derecho enfrenta un dilema. Según apunta Marzorati, “deben prevalecer las disposiciones que prohíben al franquiciado ponerse en competencia con un franquiciante luego de la terminación o debe dejarlas de lado, ya que ellas implican coartar la libertad de trabajar del franquiciado, haciendo lo que sabe, es decir, lo que aprendió”.

La no-competencia es el reverso de la exclusividad. En el período de vigencia de un contrato de franquicia, la lealtad del franquiciado con el sistema es obligatoria, siendo inconcebible que compita con el franquiciante y se aproveche de los conocimientos recibidos. Ahora, las cláusulas de no-competencia, una vez finalizados los contratos, son admisibles únicamente si no “limitan” excesivamente las actividades del franquiciado y si no “exceden” los legítimos derechos del franquiciante.

Con relación a este tema, la jurisprudencia argentina ha establecido que una cláusula de no-competencia solo debería ser impuesta por un plazo limitado, para un territorio específico, y para el mismo sector en que opera el franquiciado en cuestión.

Aunque algunos autores entienden que una cláusula de no-competencia a la expiración del contrato no sería aplicable si la resolución es causada injustificadamente por el franquiciante. Creemos que la cláusula es válida en cualquier supuesto, pues la

propiedad del sistema de franquicia pertenece al franquiciante y el franquiciado solo paga por su uso. En conclusión, una cláusula de no competencia es válida en principio siempre que sea limitada en el tiempo, en el espacio y en el sector de actividad.

Ahora bien, ¿qué sucede con el resto de los bienes que formaban parte del negocio común? Generalmente sucede lo siguiente:

- Los *stocks* (solo se presenta en los contratos de distribución): Por lo general, el franquiciado puede vender las mercancías que queden en su poder en un período razonable de tiempo. En algunos contratos se agrega una cláusula en la cual el franquiciante recompra los *stocks* al franquiciado .
- La marca: El franquiciado no puede utilizar la marca del franquiciante luego de la ruptura del contrato.
- La enseña: El franquiciado deberá devolver la enseña al franquiciante o utilizarla para terminar de vender su *stock*, pero al terminar la venta, no podrá utilizarla más.
- La propiedad de la clientela: En este tema, hay autores que afirman que la clientela es del franquiciado, porque es él quien la adquiere y la mantiene satisfecha con su trabajo. Por otro lado están quienes dicen que la clientela pertenece al franquiciante, ya que este último es el dueño de la marca.
- La ruptura del contrato y la indemnización: Si el contrato se termina unilateralmente y sin justa causa, la parte perjudicada puede reclamar indemnización. Cuando se haya cometido falta por parte del franquiciado, la otra parte podrá terminar el contrato y pedir indemnización.

A continuación detallaré específicamente los efectos mencionados en líneas anteriores.

### **Efectos postcontractuales**

Al terminar el contrato de franquicia, el franquiciado no podrá seguir anunciándose al público con los mismos signos distintivos de la franquicia que estaba explotando. Así mismo tampoco podrá apoderarse de la clientela del franquiciante con estrategias de mercado de ninguna naturaleza. El principal efecto poscontractual a la terminación del contrato de franquicia es que el franquiciado no puede explotar un negocio similar, basándose en los conocimientos (*know how*) y en la experiencia comercial (*marketing*) del franquiciante.

Después de haber finalizado el contrato, el franquiciado no podrá continuar explotando la propiedad industrial transmitida por el franquiciante, puesto que esto constituye un acto de competencia desleal. Conducta que no solo es sancionada desde el punto de vista patrimonial (obligación de resarcir los daños y perjuicios causados), sino que además es considerada como un hecho punible en distintas legislaciones del mundo.

Como es factible que el franquiciado se sienta tentado a explotar un negocio del mismo ramo o actividad de la franquicia que se había concedido para ser explotada, lo más aconsejable para el franquiciante es que en la medida de lo posible trate de conservar el vínculo contractual con el franquiciado, puesto que así podrá seguir percibiendo regalías y utilidades por su negocio, mientras que si deja culminar la relación contractual con el franquiciado, se corre el riesgo de que el antiguo franquiciado se convierta en un competidor aventajado, ya que conoce los secretos empresariales y las estrategias de *marketing* del franquiciante.

Terminado el contrato de franquicia, el franquiciante y el franquiciado deben especificar cuáles son las obligaciones que están pendientes por cumplir, como por ejemplo, en relación con el alquiler del local donde funciona la franquicia, la nómina de trabajadores, el pago a proveedores, el cumplimiento de obligaciones adquiridas con terceros con motivo de la explotación de la franquicia, el pago físico, indemnizaciones, venta del *stock*, etc.

Lo más aconsejable es que el franquiciante y el franquiciado elaboren un documento con todos estos aspectos poscontractuales, a fin de evitar pleitos con terceros, que puedan perjudicar su patrimonio. El documento deberá contener todo lo relacionado con el *stock* de las mercaderías y su destino, el pago a proveedores, la clientela, entrega del local arrendado, enajenación o destino de los muebles y enseres que había adquirido el franquiciado para la explotación de la franquicia o entrega de los mismos al franquiciante, cuentas por cobrar y, en fin, todos los aspectos administrativos y jurídicos que surjan al culminar la relación contractual deben ser resueltos.

También se recomienda que en el contrato se incluya una cláusula de tipo penal con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones poscontractuales. No es conveniente que esto se deje en el aire o se haga de forma verbal, pues, al fin y al cabo, el documento le brinda mayor seguridad a las partes. En caso de incumplimiento en las obligaciones poscontractuales, la parte afectada por el incumplimiento podrá hacer exigible la cláusula penal en los términos pactados en el contrato, sin perjuicio de que solicite la reparación de los daños y perjuicios a que haya lugar.

### **Obligaciones en relación con la liquidación del *stock***

Como se ha mencionado anteriormente, al finalizar el contrato de franquicia existe la posibilidad de que quede un *stock* de mercaderías, y es ahí cuando surgen las incógnitas: ¿quién se hace cargo de la venta del *stock* que sobró?, ¿quién asume los gastos que origine el depósito del *stock* de mercaderías?, ¿quién se beneficia de las utilidades obtenidas con la venta del *stock*?, ¿qué plazo se debe establecer para su venta?. Lamentablemente no hay una fórmula unánime para resolver estas preguntas, primero porque sabemos que es un contrato atípico y segundo porque son las partes que de manera libre y voluntaria deciden qué hacer con el *stock*. En la doctrina internacional, Marzorati manifiesta que el franquiciante debe permitir que el franquiciado siga utilizando los signos distintivos de la franquicia, por un periodo adicional a la terminación del contrato, mientras que vende la totalidad del *stock*.

Dentro de la extensa gama de posibilidades, se puede citar lo siguiente<sup>83</sup>:

1. Que el franquiciante se quede con el *stock* para venderlo en su propio establecimiento comercial o distribuirlo entre sus franquiciados actuales.
2. Que el franquiciado se encargue de vender el *stock* sobrante; pero, para comercializarlo rápidamente y en las mismas condiciones, es necesario que el franquiciante autorice el uso de los signos distintivos de la franquicia después de haber culminado el contrato de franquicia.
3. Que el franquiciante convenga con el franquiciado para que se lo venda a otro franquiciado de la red.
4. Que el franquiciado venda el *stock* a un tercero que indique el franquiciante, por ejemplo, un proveedor al que el franquiciante le adeuda un dinero.

---

<sup>83</sup> Fabián López Guzmán, *El contrato de franquicia internacional: un modelo estratégico empresarial*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 767.

De todas maneras, lo más recomendable es que el franquiciante haga uso del preaviso, para que el franquiciado tome las medidas necesarias para vender todo el *stock*. Quien se queda con el *stock* debe asumir los gastos adicionales que esto conlleva, como son: los costos por el bodegaje, el pago de los impuestos de los inmuebles donde se guarda el *stock*, así como también los seguros correspondientes del *stock*.

### **Maquinaria, utensilios e inmuebles arrendados al franquiciado**

Una vez terminado el contrato de franquicia, la maquinaria, utensilios e inmuebles arrendados al franquiciado deben quedar definidos con respecto a su destino, a continuación se presentan las posibilidades:

1. Si la maquinaria y los enseres son de propiedad del franquiciante y han sido entregados al franquiciado a título de arrendamiento, deberá devolverlos en las mismas condiciones en que los recibió.
2. A igual conclusión se llegan si la maquinaria y los enseres fueron entregados al franquiciado a título de mercaderías en consignación, en virtud de un contrato estimatorio.
3. En el supuesto que el franquiciante haya entregado la maquinaria y los enseres al franquiciado a título de comodato, deberá restituirlos al terminar el contrato en el estado en el que los recibió, salvo el deterioro que provenga de la naturaleza del uso legítimo.
4. Si el franquiciado es el propietario de la maquinaria y los utensilios con los cuales explotaba la franquicia, al terminar la relación contractual con el franquiciante

puede optar por vendérselos a él, a un tercero, a otro franquiciado de la cadena o conservarlos en su poder.

Con respecto al arrendamiento del local donde operaba la franquicia, caben las siguientes consideraciones:

1. Si el local comercial es de propiedad del franquiciante, el franquiciado deberá entregárselo al terminar la relación contractual de la franquicia, salvo que las partes convengan renovar el contrato de arrendamiento para una actividad distinta a la de la franquicia.
2. Si el franquiciado es el propietario del local comercial donde funcionaba la franquicia, al terminarse el vínculo contractual con el franquiciante lo más lógico es que utilice su local para otra actividad comercial, lo arriende a un tercero o al mismo franquiciante, si desea utilizarlo para otro franquiciado de la misma cadena.
3. Si el propietario del local es una tercera persona:
  - Al celebrarse un contrato de arrendamiento entre el franquiciado y el propietario la relación contractual se extingue al igual que con el franquiciante.
  - Si el contrato de arrendamiento fue realizado a término indefinido, al terminarse el contrato de franquicia el franquiciado puede optar por restituirle el local comercial al arrendador pagándole la suma que haya convenido por terminación unilateral, o si así lo conviene con el arrendador. El franquiciado puede continuar con el uso y el goce del local comercial con una actividad completamente distinta a la explotación de la franquicia, ya que se terminó la relación contractual con el franquiciante.

- También puede darse la posibilidad de que el franquiciado ceda el contrato de arrendamiento al franquiciante para que continúe directamente con la explotación del negocio franquiciado, o también se lo puede ceder a otro franquiciado de la misma red.
- En ninguno de los anteriores casos las partes pueden exigir una prima comercial o compensación por clientela.

### **Propiedad Industrial**

Como se ha estudiado, con respecto a la propiedad industrial que transmite el franquiciante al franquiciado, al terminarse la relación contractual, es lógico indicar que el franquiciado no podrá utilizar ni los signos distintivos del franquiciante ni tampoco podrá explotar la propiedad industrial transmitida por medio del contrato de franquicia como lo son la marca, la patente y el *know how*, so pena de resarcir los perjuicios materiales y morales que con su conducta cause al franquiciante y a la red, sin perjuicio de que puedan iniciar las demás acciones civiles y penales a que haya lugar.

### **Obligación poscontractual de no competencia**

En esta parte el franquiciado es consciente de que no podrá realizar actos de competencia desleal contra el franquiciante, ya que este deber se deriva de una cláusula del contrato, de las normas de la materia y de los Códigos Deontológicos de la Franquicia que existen a nivel internacional.

## REGULACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Ha quedado evidenciado que el contrato de franquicia no se encuentra debidamente identificado en ninguno de los códigos que regulan el accionar comercial en nuestro país. La ausencia de tipificación induce en determinados estamentos a confusiones

respecto de su singularización. El Código de Comercio no lo contempla. El Código Civil solo permite armonizar las relaciones de conformidad a las disposiciones referentes al efecto de las obligaciones, la interpretación de los contratos y los modos de extinguirse las obligaciones.

El artículo 1454 del Código Civil ecuatoriano define al contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa, lo que demuestra que los intervinientes en la suscripción de la convención, de forma libre y voluntaria, aceptan las cláusulas contractuales, las mismas que por el sentido de la reciprocidad y de la proporcionalidad contractual contienen derechos y obligaciones.

Siendo entonces el contrato de franquicia un acuerdo bilateral, es necesaria la expresión libre y voluntaria del consentimiento, sin vicio alguno, que recaiga sobre un objeto y causa lícita, cuya capacidad legal de los subscriptores no se encuentre en duda al tenor de lo escrito en el artículo 1461 de la mencionada ley.

Mientras el Código de Comercio ecuatoriano en su artículo 3 identifica taxativamente los actos de comercio, en ello se revela la ausencia del reconocimiento a la actividad franquiciante, ratificación que se revela a partir del artículo 140 *ibídem*, toda vez que en esta disposición se contrata la mercantilidad subjetiva, considerando que un contrato es mercantil desde el momento que se celebre con un comerciante matriculado, requisito no indispensable para la celebración del contrato de franquicia.

La libertad contractual consagrada en la actual Constitución de la República otorga un fundamento jurídico para suscribir sin cortapisas legales o restricciones jurídicas un contrato de franquicia aunque sea completamente atípico. La falta de

regulación expresa no impide el ejercicio de contratar libremente a través de la expresión de la voluntad y del consentimiento, puesto que si estos son celebrados con observancia a las disposiciones contempladas en el Código Civil, su legalidad no podrá ser cuestionada.

Para reafirmar lo expresado se hace necesario invocar el contenido del artículo 1561 del Código Civil, en el que establece que todo contrato celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado por su consentimiento mutuo o por causas legales. Consecuentemente se determina la existencia de las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los ciudadanos podemos ejercitar cuantos actos jurídicos sean el resultado de la voluntad, los mismos que deben generar eficacia jurídica.

Siendo la Constitución de la República eminentemente garantista de los derechos, en su Capítulo VI, derechos de libertad, en su artículo 66 numeral 15, se reconoce el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, lo que significa el aseguramiento que tienen todos los ciudadanos que habitan en el Ecuador de tener garantizado el ejercicio pleno en las actividades comerciales que no vulneren o agredan garantías o derechos de las personas sean estas naturales o jurídicas.

El artículo invocado en su numeral 16 reconoce y garantiza el derecho a la libertad de contratación, cuyo ejercicio a la luz de la norma sustantiva civil deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia los sujetos contractuales, a más de cumplir lo convenido, deberán atenerse a todo aquello que corresponda a la

naturaleza jurídica de los contratos recogidas en el Código Civil y, en su caso, a la costumbre cuando sea reconocida como fuente de derecho.

El contrato de franquicia es, ratificamos, totalmente atípico, y ante la evidencia jurídica internacional que lo regula en la mayoría de los países que lo utilizan se hace necesario entonces que el Ecuador, con fundamento a las disposiciones constitucionales invocadas y a las normas legales citadas, proceda a establecer un marco jurídico que armonice las relaciones entre franquiciantes y franquiciados, para ello se debe tomar como base los tratados o convenios internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho comercial, de tal manera que su vigencia permita alcanzar el objetivo de contar con regulaciones claras en esta materia.

Antonio Vanega Santoro<sup>84</sup>, en su obra *El contrato de franquicia*, cita al autor Cardelús que señala:

Todo lo que se ha estudiado sobre este contrato, se infiere la complejidad y multiplicidad de los contratos de franquicia que tanta literatura jurídica en derecho comparado ha necesitado para su estudio, sin que hasta el momento se haya llegado a un cuerpo de doctrina pacífica, por así decir, puesto que sigue siendo objeto de un enconado debate en todos los países de la Comunidad Económica Europea.

Como dice Cardelús, este tipo de contrato es complejo y lleno de multiplicidad. No solo lo ha sido para la Comunidad Económica Europea sino también para el Ecuador, ya que, al ser un contrato innominado, para que sean válidos sus derechos y

---

<sup>84</sup> Antonio Vanega Santoro, *El contrato de franquicia*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999, p. 105.

obligaciones en él establecidos, se debe recurrir al Código Civil y al Código de Comercio.

En materia de legislación, el desarrollo esta figura contractual lamentablemente ha sido escaso o nulo, por lo que no existe una regulación a la relación contractual entre el franquiciador y franquiciado. Actualmente contamos con un Instructivo de Calificación y Aprobación de Franquicias, de una Resolución de la Empresa Nacional de Correos 98, publicada en el Registro Oficial N° 386 de 16 de febrero de 2011, en la cual se menciona el procedimiento que se debe realizar para adquirir una franquicia y las políticas que rigen en materia de correos a nivel nacional, mas no la regulación de los derechos y las obligaciones entre los contratantes.

Por otra parte tenemos la normativa internacional, la cual nos proporcionará la pauta para poder iniciar un proceso de regulación jurídica al contrato de franquicia en nuestro país, el mismo que se encuentra materializado mediante la subscripción del Convenio de Inversión Extranjera con Italia, publicado en el Registro Oficial N° 537, de 4 de marzo de 2005, artículo 1, literales d) y e), referente a las inversiones que expresan:

(...) d) Derechos de autor, marcas comerciales, patentes, diseños industriales y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, *know-how*, secretos comerciales, nombres comerciales y clientela; e) Cualquier derecho económico al que tenga derecho por ley o bajo contrato y cualquier licencia y franquicia acordada de conformidad con las disposiciones vigentes sobre actividades económicas, incluyendo el derecho de exploración, extracción y explotación de recursos naturales (...)

La legislación colombiana tiene criterios que enmarcan a un contrato de carácter mercantil como es el objetivo en el cual recae el contrato, donde manifiesta que será comercial el contrato cuando este objeto tenga relación con las actividades mercantiles. Si el contrato se refiere a cualesquiera de los actos u operaciones relacionadas con el artículo 20 del Código de Comercio colombiano<sup>85</sup>, en el espacio que la mencionada norma permite para la contratación atípica, sería un contrato mercantil; el criterio de conexión o accesoriadad en donde los contratos atípicos celebrados por un comerciante, concernidos con el comercio se fundamentan en el artículo 21 de la norma antes mencionada.

De la misma forma como lo manifiesta la legislación ecuatoriana con respecto a que el contrato es ley para las partes, el artículo 162 del Código Civil Colombiano dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”<sup>86</sup>.

Con respecto a las Leyes del Estado Español, son algunos referentes para poder normar el contrato de franquicia en el Ecuador, como el Real Decreto 261/08 por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia; Ley 3/1991, sobre la competencia desleal, pero en nuestro país actualmente en la Ley de Propiedad Intelectual en el Libro IV sobre la competencia desleal se encuentra derogado todo este capítulo, y la información no divulgada que anteriormente pertenecía al Capítulo VII de esta Ley, que también se encuentra derogado, puesto que con la expedición de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, esta figura jurídica pasó a ser regulada en los artículos 25, 26 y 27 por la ley citada. Para el desenvolvimiento del contrato de franquicia es muy importante contar con esta regulación, ya que se refiere al

---

<sup>85</sup> Código de Comercio Colombiano, Decreto 410 de 1971, Artículo 20, Lex Interamericana. Portal legal de Latinoamérica, <http://www.lexinteramericana.com>

<sup>86</sup> Código de Civil Colombiano, Decreto 410 de 1971, Artículo 1602, Lex Interamericana. Portal legal de Latinoamérica, <http://www.lexinteramericana.com>

deber de confidencialidad del franquiciado que debe tener respecto de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador.

En la legislación española, la franquicia como sistema comercial se encuentra contemplada en la Ley de Comercio Minorista de España Ley 7/1996 en su artículo 62, cuyo desarrollo por mandato legal es atribuido al reglamento que para el efecto se dictó.

Si bien es cierto en la ley invocada solo se dedica un artículo para definir la actividad comercial dentro del régimen de franquicia, por los efectos de la relevancia de este estudio traigo a colación dicho texto especialmente su párrafo primero: 1. “La actividad comercial en régimen de franquía es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por la que una empresa denominada franquiciadora cede a otra denominada franquiciada, el derecho de explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios”.

Sumado a esta disposición, la legislación española mantiene el Real decreto 201/2010 de 26 de febrero, el mismo que regula a la actividad comercial del régimen de franquicia y la comunicación de datos al Registro de franquiciadores. Este instrumento jurídico, a más de sus disposiciones generales, contiene el objeto de la norma que es establecer las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y la regulación del funcionamiento y organización del registro de franquiciadores previsto en el artículo 62 de la Ley 7/1996 del 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista.

La república francesa reconoce en su cuerpo jurídico la normativa del contrato de franquicia. A partir del 4 de abril de 1991, su gobierno sancionó el Decreto Reglamentario a la Ley Doubin, que fue dictada el 31 de diciembre de 1989. La referida norma sustantiva contiene un sinnúmero de normas relacionadas a la franquicia, las obligaciones para obtener información previa a la venta de la franquicia, la concesión de la explotación de la marca, etc.

La República Popular de China también incursionó desde 1997 en la regulación del contrato de franquicia. Rusia, Australia, Inglaterra, y en su gran mayoría los países pertenecientes a la Comunidad Europea, se han sumado desde hace varias décadas a la formulación sobre las prácticas comerciales atinentes a la franquicia.

La Federación Europea de Franquicias ha promovido y desarrollado este contrato. La Comisión de la Unión Europea ha promovido una efectiva legislación sobre el contrato de franquicia y también la expedición de un Código de Ética para Franquicia, que contiene las normas deontológicas que deben observar los intervinientes de este contrato así como las indicaciones para la redacción y ejecución del mismo.

Es preciso reconocer que en nuestra región latinoamericana son puntuales las evidencias de expresión legislativa que propician un claro escenario para el desarrollo del contrato de franquicia. México y Brasil han abordado de forma clara la determinación y aplicabilidad de las convicciones pactadas a través de la franquicia. Brasil, mediante la disposición 135/97, emitida por el Instituto Brasileño de Propiedad Industrial, el 15 de abril de 1997, estableció las normas para la aprobación de un acuerdo de franquicia; como antecedente a esta norma, el estado brasileño ya había

dictado en diciembre de 1995 la Ley 8955, que define a la franquicia en los siguientes términos: “una franquicia de empresa es un sistema por medio del cual el franquiciante cede al franquiciado el uso de una marca o patente asociado con el derecho de usar una tecnología para la ejecución y administración de cualquier sistema operativo de negocios desarrollado y de propiedad del franquiciante, contra el pago de una remuneración directa o indirecta sin que ello implique un vínculo laboral”.

En esta misma línea, el estado mexicano, desde 1994, como consecuencia de la promulgación de la Ley de Propiedad Industrial, la franquicia forma parte de su actividad comercial lealmente reconocida y normada.

## NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA EN EL ECUADOR

Dentro del recorrido investigativo, se ha podido determinar con certeza que el contrato de franquicia en la legislación ecuatoriana no se encuentra regulado ni definido. Nuestro derecho positivo no lo contempla, y frente a la ausencia de identificación como un contrato de carácter comercial, su vigencia opera a la luz de las disposiciones del Código Civil, combinadas con las del Código de Comercio, la costumbre internacional, y demás normas complementarias dispersas en otras leyes que adecuan la conducta en la causa y objeto lícito.

Con estos antecedentes se reafirma que la franquicia en el escenario jurídico nacional genera un contrato atípico, puesto que adolece de regulación jurídica, lo que obliga para la práctica comercial desarrollar un ambiente de definiciones que generen completa seguridad para el ejercicio de los derechos y obligaciones propias de todo contrato.

Es importante que al momento de diseñar la propuesta regulatoria a este tipo de convenios, se considere su naturaleza jurídica; su objetividad debe estar trazada hacia el objeto de la franquicia, es decir, que cuando esta verse sobre operaciones de bienes mercantiles, este será un contrato eminentemente comercial, en plena concordancia a lo que estipula el artículo 3 del Código de Comercio, es decir, que si el contrato se refiere a cualquiera de los actos señalados en esta disposición legal, este instrumento atípico debe ser considerado de naturaleza mercantil. El desarrollo de la franquicia en el país ha generado expectativa y debate respecto del fortalecimiento de su institucionalidad jurídica, toda vez que la carencia de regulación en el ordenamiento es de forma

sustantiva y totalmente dispersa, ya que solo se han recogido el ejercicio de derecho y obligaciones plasmadas en la normativa civil.

Se puede observar que la existencia de contratos como los de arrendamiento, de compraventa, de agencia, etc., se encuentra regulada por una normativa específica, sobre derechos y obligaciones de las partes. Vale recalcar la existencia de la libertad de contratación recogida en nuestras últimas constituciones y que hoy la franquicia tiene completamente asegurada frente a la declaración de la Carta Magna que describe a nuestro Estado como constitucional de derechos.

La franquicia, al ser un contrato innominado y ante su vertiginoso crecimiento, exige una ubicación específica, clara, determinada y plenamente identificada en la órbita de un cuerpo jurídico orgánico, el que para mi opinión debe estar inserto en el Código de Comercio en el libro II de los contratos y obligaciones mercantiles en general.

Generando una innovación al Código de Comercio, mediante la incorporación del contrato de franquicia, dejará de ser atípico e innominado transformándose en un verdadero sistema comercial con bases y sustentos jurídicos que permitan armonizar transparentemente las relaciones contractuales que, más allá de considerarse propias para cada caso en la sumatoria del acto regulatorio, generan un desarrollo y cultura jurídica dentro del ámbito comercial nacional e internacional. Todo esto conlleva el establecimiento de un registro para las empresas, una disciplina empresarial, una cultura tributaria, la búsqueda permanente por más y mejores servicios; así como también la

ordenada transferencia tecnológica para la diversificación de procesos en la venta de bienes y servicios.

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 la partes sino que dilucide y “operativice” de forma completa el cumplimiento del objeto contractual.

La actividad legislativa de forma inicial debe concentrar su esfuerzo en la definición de la actividad comercial en el régimen franquiciante, y, subsiguientemente, declararlo como un contrato de carácter solemne en razón de que su complejidad y la trascendencia del objeto exigen el cumplimiento de requisitos que revistan el carácter de solemne.

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.

La ley debe contemplar la exigencia de la inscripción de este contrato en un registro de franquiciadores que se debe institucionalizar para este efecto, en el cual su normativa estaría compatibilizada con la Ley de Propiedad Intelectual.

El compromiso de confidencialidad es un segmento de trascendental importancia en este contrato, puesto que en él se concentran el patrimonio intangible de la franquicia. Mantener el sigilo de toda la información que forma parte del *know how* no solo que reviste una práctica ética y de respeto al franquiciante sino que comporta una exigencia de fidelidad, la misma que acarrea responsabilidades civiles por la falta de observancia y sumisión al secreto empresarial que es transmitido en virtud de las suscripción del contrato de franquicia.

Es menester contemplar los elementos básicos de este contrato, como son la licencia de marca, que debe estar completamente amparada y registrada en su país de origen; y una normativa técnica que permita sin complicación alguna la transferencia del *know how*, cuya capacitación y entrenamiento permanente deben estar acordes con las necesidades del mercado y los estándares de calidad y servicio con que opera la marca.

El comportamiento económico que debe arrojar la franquicia debe estar plenamente acordado, es decir, la estipulación de las regalías. Se entiende que esta retribución a la que está obligado el franquiciado otorgar al franquiciante tenga una

legal y justa proporcionalidad, evitando los desafueros o abusos de los poseedores de las marcas.

La ley también debe contemplar los derechos inherentes al operador de la franquicia; la jurisdicción territorial en la que puede actuar el franquiciado; los métodos operativos; los compromisos de asistencia financiera; calidades de los insumos; la publicidad, elementos que requieren un expreso señalamiento, de tal manera que se evidencie de forma meridiana una regulación jurídica que afiance los derechos de las partes contratantes.

En términos generales, el registro del contrato no solo está para conocimiento de terceros, sino también para poder regular las regalías, aprobar el uso autorizado de la marca, proteger el *know how*, determinar la territorialidad donde va a operar la franquicia, controlar la competencia desleal, la no divulgación de la operatividad de la empresa. En el Ecuador, el contrato de franquicia debería registrarse ante el Registro Mercantil y en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI).

## CAPÍTULO V

### LA JURISDICCIÓN EN LA FRANQUICIA

En este capítulo se analizará el sistema de solución de diferencias que surgen en el contrato de franquicia a nivel nacional como internacional. Por lo general, la solución de diferencias que se presentan frecuentemente entre las partes contratantes de la franquicia pueden ejecutarse empleando una de las tres alternativas más utilizadas: por el arreglo directo entre las partes, con o sin ayuda de un tercero; por medio de soluciones propuestas por el tercero, que pueden ser de manera voluntaria o de obligatoria aceptación, y recurriendo a la jurisdicción correspondiente para el efecto.

La práctica profesional, la jurisprudencia y la doctrina nacional han alagado suficientemente las figuras legales; por lo tanto, sus perfiles y sus efectos jurídicos están claramente definidos en la actualidad. Los métodos alternativos de solución de conflictos han sido definidos por la doctrina. Como manifiesta Valdés<sup>87</sup>: “Aquellos procedimientos, distintos a los procedimientos propios de la justicia ordinaria, contemplados por la ley para lograr la solución de conflictos sin la participación de los jueces y magistrados que integran la rama judicial del poder público del Estado”. Nuestra Constitución de la República, en su artículo 190, establece los medios alternativos de solución de conflictos y reconoce al arbitraje y la mediación como procedimientos para transigir conforme a la Ley.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Roberto Valdés Sánchez, *La transacción-solución alternativa de conflictos*, Bogotá, Legis Editores, 1997, p. 29.

<sup>88</sup> Constitución Política del Ecuador, Art. 190, R.O. N° 449 de 20 de octubre 2008; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Consecuentemente, los problemas de jurisdicción se resuelven en nuestro país, como veremos, en función de principios constitucionales y de normas legales dictadas, en su consecuencia, o por convenios internacionales, sin desmerecer la renuncia de la jurisdicción y domicilio a que haga una de las partes para someterse a otro que no sea el suyo.

Bajo este precepto constitucional, las partes contratantes, de forma expresa, pueden acogerse a las disposiciones contenidas a la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en la República del Ecuador, cuya sustanciación, conocimiento y resolución deben ser plenamente identificados en uno de los centros legalmente autorizados para el ejercicio de estos procedimientos alternativos de solución de conflictos.

## **5.1. SISTEMA DE CONFLICTO DE JURISDICCIONES**

La eficacia de un pronunciamiento judicial, a ser cumplido fuera del tribunal en el cual se sentenció, depende de qué tribunal tenga jurisdicción internacional, según la ley del país, donde dicho pronunciamiento deba surtir efecto. Un caso puede ser juzgado en otro país, según las normas de jurisdicción del juez extranjero, y, no obstante, esa decisión puede no ser eficaz en nuestro país, aunque sí en otras jurisdicciones.

El artículo uno inciso primero del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano define a la jurisdicción de la siguiente manera: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado

en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y juezas y jueces establecidos por las leyes”.

La suscripción de un contrato de franquicia de forma implícita y expresa lleva envuelta la expresión de la voluntad de las partes, puesto que el consentimiento se encuentra traducido en la firma que es la aceptación del contenido íntegro del instrumento vinculante llamado contrato, y que es ley para la partes. Por esta razón, cuando los suscriptores del contrato de franquicia expresan someterse ante un juez o un árbitro, de forma libre, consciente y voluntaria, renuncian a cualquier otra jurisdicción que la Ley prevea para esos casos, puesto que es la manifestación de su voluntad contenida en ese contrato la que traslada el conocimiento de la controversia que se originase de la ejecución contractual ante una instancia judicial o arbitral para que resuelva en derecho la discrepancia o controversia suscitada.

La Ley de Arbitraje y Mediación<sup>89</sup>, en su artículo 5, establece que el convenio arbitral es un 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. Esta expresión de orden sustantivo detalla que es el consentimiento expresado de forma libre el que ejerce el sometimiento de las partes a una solución alternativa de solución de conflictos; es decir que solo la voluntad de los intervinientes del contrato puede dar origen a que la solución de sus controversias sea ventilada mediante el arbitraje.

---

<sup>89</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 5, R.O. N° 417 de 14 de diciembre de 2006; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

En esa misma línea, el artículo invocado ratifica la necesidad de que esa voluntad sea reducida por escrito, es decir, conste como parte integrante del contrato vinculante o, en su defecto, se exprese de común acuerdo en otro instrumento de tal manera que esa decisión jurídica se incorpore como parte integrante del contrato principal.

La Ley, excepcionalmente, prevé que de no existir un documento adicional al contrato en el que se exprese la voluntad de las partes a someterse al arbitraje, el intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje la constancia documental de esa voluntad, el arbitraje será el medio en el que los conflictos serán solucionados.

El inciso tercero del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil<sup>90</sup> determina que la jurisdicción es contenciosa cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho. Siendo el contrato la expresión de derechos y obligaciones que las partes están obligados a ejercer y cumplir respectivamente, al momento de suscitarse controversias sobre la ejecución contractual, y ante la inexistencia de cláusula que establezca la jurisdicción a la que se someten las partes, será la jurisdicción contenciosa la que imperará a la luz de la norma invocada.

En este tipo de jurisdicción se sustancia la existencia de conflictos de intereses o de voluntades y que, por tanto, hay partes contrarias; la una imputa a la otra la negación o la violación de un derecho. Este tipo de jurisdicción se caracteriza por la existencia de litis y de debate dialéctico, aunque en algunos casos no se exprese de manera formal y

---

<sup>90</sup> Código de Procedimiento Civil, Art. 3, R.O. 58 S, 12 de julio de 2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

explícita, como cuando el demandado se allana a la demanda o no se defiende en el proceso, y este continúa en rebeldía del demandado. La sentencia dirime ese conflicto a contienda judicial. Entonces, se puede observar que de los sujetos intervinientes en el contrato de franquicia, al intervenir en un proceso judicial de reconocimiento de derecho, a la culminación de este, uno de ellos será vencedor y otro vencido. Esta jurisdicción contenciosa es la que de manera general se evidenciada en los conflictos derivados de las discrepancias contractuales.

También es importante establecer que la jurisdicción se distribuye por el territorio, y que, para los efectos del contrato de franquicia, es importante identificar la cláusula contractual que determine la jurisdicción territorial a la que se someten los suscriptores, puesto que de ella nace entonces la jurisdicción contenciosa y la plena y la válida sustanciación de un proceso para el reconocimiento de un derecho.

El doctor Víctor Manuel Peñaherrera, en sus lecciones de *Derecho práctico civil y penal*, manifiesta: “consiste en que cada Juez conozca de cierta clase de asuntos, a fin de que estos, convenientemente separados entre sí, puedan ser mejor atendidos y despachados, conforme lo requiera su naturaleza especial. En virtud de ello, el Poder Judicial se divide en líneas u órdenes jurisdiccionales”.

La jurisdicción voluntaria ordinaria o común es aquella a la cual están sometidas todas las personas y cuestiones no excluidas por disposición de la ley, o para las cuales no se han establecido jueces especiales. Es decir, aquella jurisdicción de la cual se han desmembrado las otras, aquella que es regla general, en tanto que las demás constituyen una excepción.

La jurisdicción convencional surge de la expresión de la voluntad de las partes al suscribir un contrato o un convenio. Establece la autoridad ante la cual han de someter las controversias que puedan surgir. El Código Civil contempla, en el artículo 1460<sup>91</sup>, la cláusula accidental:

[...] y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales, por ejemplo: la cláusula de las controversias, mediante la cual los contratantes establecen la autoridad judicial o arbitral, ante quien se someten para la solución de un conflicto. Por lo que, aunque parezca reiterativo, la jurisdicción convencional proviene del acuerdo de las partes, determinando los contratantes la jurisdicción a la que se someten y el procedimiento que se aplicará para solucionar los conflictos de intereses, que puedan surgir en virtud de la ejecución del contrato.

Por lo tanto, el abogado trata de elegir lo más conveniente para su cliente, es decir, la jurisdicción en la cual el resultado del pleito le pueda ser más favorable o al menos lo exponga a costos judiciales menores. Al estudiar el tema de los conflictos de jurisdicción local, siempre se tenía la impresión de que las reglas eran inmutables, y en verdad lo son, o por lo menos existe un órgano supremo, la Corte Nacional de Justicia, que dirime conflictos de competencia cuando son atribuibles a su misión, o en su defecto la Corte Provincial de Justicia, donde, en razón del grado, los jueces se disputan la jurisdicción.

Este organismo no existe en el Derecho Internacional de los negocios. Por lo cual, la posibilidad de conflictos de jurisdicción se empeora, ya que no todos los países

---

<sup>91</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 1460, R.O. N° 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

tienen similares reglas en la materia, a excepción de algunos temas particulares. Por otra parte, las convenciones han tratado, en primer lugar, de resolver el problema de laudos y solo en segundo lugar se han ocupado del problema de la jurisdicción, no porque sea secundario, sino tal vez porque es más difícil de resolver.

También es necesario puntualizar que los juristas continentales siempre enfocaron el contenido del Derecho Internacional Privado como un problema de conflicto de leyes, y solo merced al aporte de los juristas anglosajones se reconoce el conflicto de jurisdicciones. En buena doctrina, esto último se denomina “problemas de la competencia internacional”, y consiste en la adjudicación de casos entre los Estados, con presencia del juez concreto que, en cada Estado, se considera competente.

Esto ha establecido la presencia del *forum shopping*, donde los litigantes intentan, sobre la base de distintas normas conflictivas entre sí, convencer a diferentes tribunales a fin de que declaren su competencia para conocer un asunto determinado. A continuación mencionaré la clasificación de la jurisdicción en nuestro país:

Sobre el poder de administrar justicia, que constituye la jurisdicción de acuerdo con lo establecido en la ley, el artículo 3, inciso primero del Código de Procedimiento Civil manifiesta: “La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional”<sup>92</sup>.

Por otra parte, la jurisdicción argentina puede ser exclusiva o concurrente. Lo mismo sucede en el extranjero, pero los diversos países pueden establecer condiciones diferentes para la concurrencia, por ejemplo, así como el acreedor puede demandar el

---

<sup>92</sup> Código de Procedimiento Civil, Art. 3, R.O. 58 S, 12 de julio de 2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

cumplimiento de una obligación en el extranjero o en el domicilio del deudor, a su elección, la legislación extranjera puede prever que el deudor tenga la posibilidad de optar, o establecer que solo el país donde se celebró la obligación tenga jurisdicción exclusiva.

Cabe mencionar que, a estos efectos, los términos “jurisdicción” y “competencia” se utilizan como sinónimos, ya que toda la literatura extranjera trata de jurisdicción. Estos problemas de jurisdicción no solo se presentan en nuestro país sino que también existen en otros países como por ejemplo en los Estados Unidos de América, por su particular sistema Federal; en el Reino Unido de Gran Bretaña, Escocia e Irlanda del Norte, donde coexisten siete diferentes sistemas legales y múltiples problemas jurisdiccionales. Aun dentro del Common Law o derecho consuetudinario, existe el Statute Law o ley escrita, como por ejemplo el Tratado de Bruselas sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias Extranjeras en temas Civiles y Comerciales, firmado por los países miembros del mercado común.

A pesar de las diferencias que surjan entre las legislaciones internas de cada país en materia de competencia internacional, es dable puntualizar algunos principios comunes, o que al menos han sido aplicados con cierta uniformidad. Así, el domicilio del deudor es universalmente aceptado como atributo de competencia. La existencia de bienes muebles e inmuebles en el país es otro criterio para determinar la competencia internacional. El lugar del cumplimiento del contrato también determina la competencia. En materia de delitos o cuasi delitos es competente el juez del lugar del hecho, pero hay que tener en cuenta que los tribunales norteamericanos distinguen el lugar del hecho del lugar donde se causó el perjuicio. En muchos casos privilegian a este último.

El juez anglosajón, por ejemplo, debe observar en qué país tendrá lugar la prueba del pleito, en qué difiere la ley del otro Estado con la ley inglesa en las cuestiones sustanciales; con qué país está vinculada cada parte, y si los demandados desean ser juzgados en otra jurisdicción nacional o solo tratan de aprovecharse de ciertas ventajas procesales. De cómo se prioricen dichos elementos surge, fundada, la competencia del juez.<sup>93</sup>

La legislación ecuatoriana reconoce la posibilidad de que las partes, de forma voluntaria, se sometan a la jurisdicción convencional, es decir aquella que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la Ley, tal como lo dispone el inciso final del artículo 3 del Código de Procedimiento Civil anteriormente descrito.

## **5.2. PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DEL CONTRATO DE FRANQUICIA**

Existen distintos métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales cabe distinguir: la transacción, la mediación y el arbitraje.

### **LA TRANSACCIÓN**

La transacción, según lo dispone el artículo 2372 del Código Civil Ecuatoriano, es “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Oswaldo Marzorati, *Franchising*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, pp. 232-236.

<sup>94</sup> Código Civil Ecuatoriano, Art. 2372, R.O. N° 46: 24-06-2005, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

La transacción es un negocio extrajudicial, o sea, una convención regulada por el derecho sustancial y entre las partes produce los efectos extintivos que le son inherentes desde el momento mismo en que se perfecciona. Cuando existe un pleito pendiente entre dichas partes, genera también el efecto procesal de poner término a la litis, para lo cual se requiere incorporar la transacción en el proceso mediante la prueba de su celebración, a fin de que el juez pueda decretar el fenecimiento del juicio. Este efecto doble y la circunstancia de que por lo general se asientan el pacto dentro del litigio en curso, le dan a la transacción la apariencia de un simple acto procesal, pero no lo es en realidad, porque ella se encamina principalmente a disipar la duda y a regular y a dar certeza a la relación sustancial que la motiva y porque, en razón de esa finalidad primordial, la ley considera y trata como una convención y como un modo de extinguir obligaciones, es decir, como una convención liberatoria.

La transacción se puede efectuar antes de que se presente un conflicto, con el ánimo de precaverlo, o cuando se ha presentado, lo cual funciona como un mecanismo de terminación anticipada del proceso.

## LA MEDIACIÓN

Es otra manera de solucionar los conflictos, como nos indica el artículo 44 de la Ley de Arbitraje y Mediación: “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”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 44, R.O. Nº 417 de 14 de diciembre de 2006; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

Los terceros —mediadores— que propician el acercamiento entre las partes a fin restablecer las negociaciones pueden ser el centro de mediación o un mediador independiente. Este tercero no presenta soluciones, ya que su misión solo consiste en ayudar a las partes a superar las desavenencias y colaborar para que se reúnan a hablar y a negociar; pero la función del mediador no termina con la colaboración de aproximar a las partes, sino que, además, está autorizado para formular propuestas de arreglo, aunque no con carácter imperativo, y en desarrollo de su labor, puede ayudar a concluir en forma adecuada una negociación o, si es del caso, su activa participación puede contribuir para que las partes concluyan sus diferencias mediante otro mecanismo de solución de controversias. En ocasiones, la fórmula sugerida por el mediador no resulta del todo satisfactoria para una de las partes; por ello, el recurso de arbitramento internacional, o cualquier otra forma de alternativa de solución de conflictos, puede resultar más conveniente para una de las partes si la otra no está dispuesta a ceder.

## EL ARBITRAJE

Según el tratadista Jorge Hernán Gil Echeverry, “el arbitraje es un procedimiento jurisdiccional sui generis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de conflictos privados transigibles a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo de la misma categoría jurídica y los mismos efectos que una sentencia judicial”<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, *La Conciliación Extrajudicial y la Amigable Composición*, Bogotá, Editorial Temis, 2003, p. 33.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación manifiesta lo siguiente: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de una transacción existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”<sup>97</sup>.

Marco Gerardo Monroy Cabra define el arbitraje, en general, 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 de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función”<sup>98</sup>. Añade que el arbitraje se constituye en una derogación que hacen las partes de la jurisdicción para efectos de trasladar sus controversias al foro de un tribunal arbitral.<sup>99</sup>

López Blanco arguye: “El proceso arbitral no puede considerarse como excepción a la característica de función pública que tiene la jurisdicción. Los árbitros en el ejercicio de sus cargos, desempeñan una misión que implica jurisdicción, para cuyo ejercicio se equiparan a los jueces”<sup>100</sup>.

Los artículos siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación mencionan las clases de arbitraje que son el administrado, el independiente, de equidad o derecho:

---

<sup>97</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1, R.O. N° 417 de 14 de diciembre de 2006; Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>98</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, Bogotá, Editorial Temis, 2002, pp. 550-551.

<sup>99</sup> Marco Gerardo Monroy Cabra, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Editorial Legis, 1998, p. 2.

<sup>100</sup> Fabio Hernán López Blanco Hernán, *Comentarios al contrato de seguro*, Bogotá, Editorial Dupre, 1999, p. 95.

El arbitraje administrado es cuando se desarrolla con sujeción a la Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje; y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

En otras latitudes (Francia, Estados Unidos, México), este postulado de la autonomía de la voluntad ha tenido una sincera y real aplicación, puesto que el arbitraje, más que otro procedimiento, es en verdad un contrato en el cual las partes pueden escoger libremente la forma como se debe resolver su conflicto. La misión o la filosofía del arbitraje es la de ser un método rápido de solución a las disputas entre los particulares, y no la de ser otro proceso más con los mismos vicios y demoras en la dispensa de justicia.

El arbitraje es aquel en el cual sus árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente, a la jurisprudencia y a la doctrina, y en este caso los árbitros deben ser abogados. El arbitraje es en equidad cuando los árbitros actúan conforme a su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica, y en este caso los árbitros no tienen que ser abogados.

Conformes con el contenido de la noción de jurisdicción, podemos afirmar que la función arbitral, sin duda, es jurisdiccional. Los árbitros administran justicia, son verdaderos jueces y sus fallos son igualmente jurisdiccionales.

Pero si bien los árbitros ejercen una función propiamente jurisdiccional, hemos visto que las facultades de la *notio*, la *juditio* y el *imperium* que emanan del ejercicio de

la jurisdicción se encuentran registradas para los árbitros y, por lo tanto, limitan la aplicación del arbitraje al cumplimiento de ciertas condiciones.

Respecto a la jurisdicción que ejercen los árbitros, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencia de marzo 21 de 1991, expediente 2227, expresó:

Un tribunal de arbitramiento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales. Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condensada en un proveído que, formal y materialmente, es revestido de las características de la verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho (...)

## ANEXO 1

**Real Decreto 2.485/1998, 13 de noviembre, por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores.**

(BOE N° 283, de 26 de noviembre de 1998)

La actividad comercial en régimen de franquicia, desarrollada por medio de los denominados acuerdos o contratos de franquicia, mejora normalmente la distribución de productos y la prestación de servicios, pues da a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que facilita la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, y aumentando así la competencia entre marcas. A la vez, permite que los comerciantes independientes puedan establecer negocios más rápidamente y, en principio, con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y la ayuda del franquiciador, abriéndoles así la posibilidad de competir de forma más eficaz con otras empresas de distribución.

Asimismo, los acuerdos de franquicia también pueden beneficiar a los consumidores y usuarios, puesto que combinan las ventajas de una red de distribución uniforme con la existencia de comerciantes interesados en el funcionamiento eficaz de su negocio. La regulación de los acuerdos de franquicia viene establecida en el Reglamento CEE número 4.087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre, en lo relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado de categorías de acuerdos de franquicia. Asimismo, las exenciones por categorías a los acuerdos de franquicia en que participen

únicamente dos empresas y que afecten únicamente al mercado nacional se establecen en el artículo 1.e) del Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero, que desarrolla el artículo 5 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. El artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, regula el régimen de franquicia. El apartado 2 de este artículo obliga a las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores a inscribirse, en su caso, en el registro que pueden establecer las Administraciones competentes. Por su parte, el apartado 3 de este artículo, determina la información que el franquiciador deberá entregar al futuro franquiciado para que pueda decidir, libremente y con conocimiento de causa, su incorporación a la red de franquicia. Asimismo, este apartado señala que reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias. Estas funciones han sido asumidas en la actualidad por el Ministerio de Economía y Hacienda al que el Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, encomienda las competencias que correspondían al anterior Ministerio de Comercio y Turismo, las cuales serán ejercidas a través de la Secretaría de Estado de Comercio, Turismo y de la Pequeña y Mediana Empresa, que fue configurada por el Real Decreto 765/1996, de 7 de mayo. Asimismo, el Real Decreto 1.884/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda, en su artículo 17.f) atribuye a la Dirección General de Comercio Interior las funciones de registro, control y seguimiento de aquellas modalidades de comercialización de carácter especial de ámbito nacional. Con la presente disposición se pretende, por tanto desarrollar reglamentariamente el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, a través de la concreción de las condiciones básicas de la actividad de cesión de franquicias y de la creación del Registro de Franquiciadores. En el desarrollo de la Ley se ha tenido en cuenta el derecho comunitario. Se crea un Registro a nivel del Estado

que garantiza la centralización de los datos relativos a los franquiciadores que operen en más de una comunidad autónoma, a los efectos de información y publicidad; y, a este fin, se fijan las directrices técnicas y de coordinación entre los registros similares que pueden establecer las comunidades autónomas. En todo caso, la llevanza del Registro corresponderá a las comunidades autónomas donde los franquiciadores tengan su sede social, de manera que se aceptarán como vinculantes las propuestas de inscripción, cancelación y revocación que aquéllas efectúen. La necesidad y urgencia del nuevo Registro de Franquiciadores viene dictada, entre otras razones, por la conveniencia de disponer de un censo actualizado de estas empresas, cuyo sector comercial está experimentando un fuerte desarrollo en España. La disposición final única de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista señala que el artículo 62 constituye legislación civil y mercantil, y será de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos, resultante del artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución. Asimismo, el apartado 2 del artículo 62 tiene la consideración de norma básica, dictada al amparo del artículo 149.1.13 de la Constitución.

En la elaboración de esta disposición han sido consultadas las comunidades autónomas y oídos los sectores afectados.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, previa aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 13 de noviembre de 1998, dispongo:

### **Artículo 1. Objeto**

La presente disposición tiene por objeto establecer las condiciones básicas para desarrollar la actividad de cesión de franquicias y crear el Registro de Franquiciadores,

previsto en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

## **Artículo 2. Actividad comercial en régimen de franquicia**

A los efectos del presente Reglamento se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, aquélla que se realiza en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirectamente, 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 una presentación 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.

Se entenderá por acuerdo de franquicia principal aquél por el cual una empresa, el franquiciador, le otorga a la otra, el franquiciado principal, 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, los franquiciados.

Asimismo, la actividad comercial en régimen de franquicia se deberá ajustar a lo establecido en el Reglamento CEE número 4.087/88, de la Comisión, de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a categorías de acuerdos de franquicia, o en la disposición que lo sustituya.

### **Artículo 3. Información precontractual al potencial franquiciado**

Con una antelación mínima de veinte a la firma del contrato o precontrato de franquicia o a la entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador o franquiciado principal deberá dar por escrito al potencial franquiciado la siguiente información veraz y no engañosa:

- a) Datos de identificación del franquiciador: nombre o razón social, domicilio y datos de inscripción en el Registro de Franquiciadores, así como, cuando se trate de una compañía mercantil, capital social recogido en el último balance, con expresión de si se halla totalmente desembolsado o en qué proporción y datos de inscripción en el Registro Mercantil, cuando proceda.

Cuando se trate de franquiciadores extranjeros, además, los datos de inscripción en los registros de franquiciadores a que vengan obligados, de acuerdo a las leyes de su país o Estado de origen. De tratarse de un franquiciado principal se incluirán, además, las circunstancias anteriores respecto de su propio franquiciador.

- b) Acreditación de tener concedido para España, y en el vigor, el título de propiedad o licencia de uso de la marca y signos distintivos de la entidad franquiciadora; y de los eventuales recursos contra aquéllos, si los hubiere, con expresión, en todo caso, de la duración de la licencia.
- c) Descripción general del sector de actividad objeto del negocio de franquicia, que abarcará los datos más importantes de aquél.
- d) Experiencia de la empresa franquiciadora, que incluirá, entre otros datos, la fecha de creación de la empresa, las principales etapas de su evolución y el desarrollo de la red franquiciada.
- e) Contenido y características de la franquicia y de su explotación, que comprenderá una explicación general del sistema de negocio objeto de la

franquicia, las características del saber hacer y de la asistencia comercial o técnica permanente que el franquiciador suministrará a sus franquiciados, así como una estimación de las inversiones y gastos necesarios para la puesta en marcha de un negocio tipo. En el caso de que el franquiciador haga entrega al potencial franquiciado individual de previsiones de cifras de ventas o resultados de explotación del negocio, éstas deberán estar basadas en experiencias o estudios que estén suficientemente fundamentados.

- f) Estructura y extensión de la red en España, que incluirá la forma de organización de la red de franquicia y el número de establecimientos implantados en España, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación de la población en que se encuentren ubicados y el número de franquiciados que hayan dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años, con expresión de si el cese se produjo por expiración del término contractual o por otras causas de extinción.
- g) Elementos esenciales del acuerdo de franquicia, que recogerá los derechos y obligaciones de las respectivas partes, duración del contrato, condiciones de resolución y, en su caso, de renovación del mismo, contraprestaciones económicas, pactos de exclusivas, y limitaciones a la libre disponibilidad del franquiciado del negocio objeto de franquicia.

#### **Artículo 4. Deber de confidencialidad del franquiciado**

El franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir el franquiciador.

## **Artículo 5. Constitución del Registro**

1. Se crea el Registro de franquiciadores, previsto en el apartado 2 del artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, a los solos efectos de información y publicidad, y que tendrá carácter público y naturaleza administrativa.
2. Este Registro depende orgánicamente de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda y se formará con los datos del artículo 7 y las modificaciones a que se refiere el artículo 8, que serán facilitados por las comunidades autónomas donde los franquiciadores tengan su domicilio o directamente por los franquiciadores que no tengan su domicilio en España.
3. En este Registro deberán inscribirse, con carácter previo al inicio de la actividad de cesión de franquicia, las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España esta actividad, cuando se vaya a ejercer en el territorio de más de una comunidad autónoma.

## **Artículo 6. Funciones del Registro**

El Registro de Franquiciadores tendrá las siguientes funciones:

- a) Inscribir a los franquiciadores en el Registro a propuesta de las comunidades autónomas donde aquéllos tengan su domicilio.

Se asignará una clave individualizada de identificación registral a nivel del Estado, que se notificará a las comunidades autónomas.

- b) Actualizar periódicamente la relación de los franquiciadores inscritos en el Registro y de los establecimientos franquiciados, con los datos aportados por las comunidades autónomas y elaborar estadísticas por agregación y tratamiento de los datos que figuran en sus bases.

- c) Inscribir las cancelaciones de los franquiciadores cuando hayan sido acordadas por las comunidades autónomas.
- d) Expedir las oportunas certificaciones acreditativas de los franquiciadores inscritos en este Registro y de la correspondiente clave de identificación registral.
- e) Dar acceso a la información registral a los órganos administrativos de las comunidades autónomas que lo soliciten.
- f) Suministrar a las personas interesadas la información de carácter público que se solicite relativa a los franquiciadores.
- g) Inscribir a los franquiciadores que no tengan su domicilio en España, los cuales presentarán directamente en este Registro su solicitud de inscripción, así como las posteriores modificaciones de los datos a que se refieren los artículos 7 y 8 de este Real Decreto.
- h) Cualesquiera otras funciones compatibles con su actividad que le sean encomendadas por la autoridad competente.

#### **Artículo 7. Documentación necesaria para obtener la inscripción en el Registro de Franquiciadores**

Las solicitudes de inscripción en el Registro de Franquiciadores se presentarán ante el órgano competente de la comunidad autónoma donde tenga su domicilio, pudiendo hacerse a través de cualesquiera de los lugares que enumera el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañadas al menos, de los siguientes datos:

a.- Datos referentes a los franquiciadores: nombre o razón social del franquiciador, su domicilio, los datos de inscripción en el Registro Mercantil, en su caso, y el número o código de identificación fiscal.

b.- Denominación de los derechos de propiedad industrial o intelectual objeto del acuerdo de franquicia y acreditación de tener concedida y en vigor la titularidad o los derechos de licencia de uso sobre los mismos, así como su duración y eventuales recursos.

c.- Descripción del negocio objeto de la franquicia, comprendiendo una memoria explicativa de la actividad, con expresión del número de franquiciados con que cuenta la red y el número de establecimientos que la integran, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de cesión de franquicia, con indicación del municipio y provincia en que se hallan ubicados, así como los franquiciados que han dejado de pertenecer a la red en España en los dos últimos años.

d.- En el caso de que el franquiciador sea un franquiciado principal, éste deberá acompañar la documentación que acredite los siguientes datos de su franquiciador: nombre, razón social, domicilio, forma jurídica y duración del acuerdo de franquicia principal.

### **Artículo 8. Obligaciones de los franquiciados inscritos en el Registro**

Los franquiciadores inscritos en este Registro deberán comunicar a las comunidades autónomas competentes por razón de su domicilio cualquier alteración de los datos a que se refieren los párrafos a), b) y d) del artículo anterior, en el plazo máximo de tres meses desde que se produzca, y el cese de la actividad franquiciadora en el momento en que tenga lugar.

Asimismo, con carácter anual, y durante el mes de enero de cada año, los franquiciadores comunicarán a la comunidad autónoma correspondiente los cierres o aperturas de los establecimientos, propios o franquiciados, producidos en la anualidad anterior.

#### **Artículo 9. Informatización del Registro**

1. La llevanza del Registro de Franquiciadores podrá instalarse en soporte informático para la recepción de escritos y comunicaciones de los órganos competentes de las comunidades autónomas.
2. En relación con el funcionamiento del citado Registro se estará a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

#### **Artículo 10. Coordinación con otros Registros autonómicos**

El Registro de Franquiciadores se coordinará con aquellos Registros que, en su caso, puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

Las comunidades autónomas comunicarán a la Dirección General de Comercio Interior los datos y las modificaciones a que se refieren los artículos 7 y 8. Estos datos se incorporarán automáticamente a este Registro, que procederá a asignar al franquiciador un número de identificación de carácter nacional, que se notificará a la comunidad autónoma correspondiente.

### **DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA. Inscripción en el Registro**

En el plazo de un año desde la publicación del presente Real Decreto, los franquiciadores que estén ejerciendo la actividad de cesión de franquicia en España, deberán presentar su solicitud de inscripción, acompañada de la correspondiente documentación, en las respectivas comunidades autónomas donde tengan su domicilio.

Los franquiciadores que no tengan su domicilio en España, y estén ejerciendo la actividad de cesión de franquicia en más de una comunidad autónoma, presentarán su solicitud de inscripción en este Registro también en el plazo de un año.

### **DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Carácter de la norma**

Los artículos 1, 2, 3 y 4 del presente Real Decreto se dictan al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución.

Los restantes preceptos de este Real Decreto tendrán la consideración de norma básica dictada al amparo del artículo 149.1.13 de la Constitución.

### **DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Facultad de desarrollo**

Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para dictar, en el ámbito de sus competencias, las disposiciones necesarias para la ejecución de lo establecido en este Real Decreto.

### **DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Entrada en vigor**

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

**Ley 11/2001 de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes  
Balears. (Fragmento)**

(BOIB Núm. 77, de 28 de junio de 2001)

**TÍTULO VIII.- DEL REGISTRO GENERAL DE COMERCIO D LAS ILLES  
BALEARS**

**Artículo 36. El registro general del comercio de Illes Balears**

1. Con la finalidad de disponer de los datos necesarios para el conocimiento y la valoración de las estructuras comerciales en Illes Balears y de garantizar los derechos de los consumidores y de los usuarios, se crea el Registro general de comercio de las Illes Balears, adscrito a la consejería competente en materia de comercio, que estará integrado por las seis secciones siguientes:

...

- a) Sección de franquiciadores.

...

**Artículo 39. Sección de franquiciadores**

1. Deben inscribirse en la Sección de franquiciadores las empresas que, en el ámbito de las Illes Balears, pretendan desarrollar la actividad de cesión de franquicias. La inscripción y la comunicación de variación de datos es obligatoria.
2. La Sección de franquiciadores del Registro general de comercio de las Illes Balears, debe estar coordinada con los registros de las demás comunidades autónomas y con el de la Administración General del Estado.

...

#### **Artículo 49. Infracciones graves**

Se considerarán Infracciones graves, las siguientes:

...

- e) El incumplimiento de las obligaciones de inscripción y comunicación de variación de datos de las secciones del Registro general de comercio de las Illes Balears.

...

#### **Artículo 53. Sanciones**

Las Sanciones aplicables para las infracciones serán las siguientes:

...

- a) Las infracciones graves se sancionarán con multa de 1.501 euros hasta 15.000 euros.

**Orden de 6 de julio de 1999, de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, por la que se crea el Registro de Franquiciadores de Castilla y León.**

(B.O.C. y L. n.º 138, de 2º de julio 1999)

La Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, regula en su artículo 62 el régimen de franquicia. El apartado 2 de este precepto obliga a las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores a inscribirse, en su caso, en el Registro que puedan establecer las

Administraciones competentes. La Disposición Final de la citada Ley establece que el artículo 62, entre otros, constituye legislación civil y mercantil, y será la aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular en contenido del derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución. Asimismo, se establece el carácter de norma básica del apartado 2 del artículo 62, dictada al amparo del artículo 149.1, 13ª de la Constitución. Desde esta referencia normativa y en este marco de atribución de competencias se publica el Real Decreto 2.845/1998, de 13 de noviembre por el que se desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de Ordenación de Comercio Minorista, relativo a la regulación del régimen de franquicia, y se crea el Registro de Franquiciadores. Esta disposición aparece, por tanto, como un desarrollo reglamentario del artículo 62 de la Ley 7/1996, y como la norma creadora de un Registro de Franquiciadores de ámbito nacional que se forma con los datos facilitados por las comunidades autónomas donde los franquiciadores tengan su domicilio social, correspondiendo a éstas la llevanza del Registro donde se aceptarán como vinculantes sus propuestas de inscripción, cancelación y revocación.

Esta disposición nos conduce, por tanto, a la creación de un Registro de Franquiciadores cuya sede social radique en el ámbito territorial de Castilla y León, en perfecta coordinación con el Registro estatal cuando sus titulares operen más allá del ámbito geográfico de nuestra comunidad autónoma y en el que deberán inscribirse aquellos franquiciadores castellanos y leoneses que no extiendan su actuación fuera de Castilla y León, aunque en este último caso sin repercusiones en el Registro estatal.

La elaboración de esta disposición normativa se afronta desde las competencias exclusivas en materia de Comercio Interior asumidas en la Ley Orgánica 4/1983, de 25

de febrero, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, modificado por la Ley Orgánica 4/1999, de 8 de enero.

Por lo expuesto, oído el Consejo Castellano y Leonés de Comercio, a propuesta de la Dirección General de Comercio y Consumo, y en virtud de las atribuciones que tengo conferidas por el Decreto Legislativo 1/1988, de 21 de julio, por el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y el Decreto 115/1995 de 10 de julio,

**DISPONGO:**

**Artículo 1º.- Objeto**

La presente Orden tiene por objeto crear el Registro de Franquiciadores de Castilla y León al que se incorporarán los datos exigidos por el Real Decreto 2.485/1998 de 13 de noviembre, para los franquiciadores que teniendo su domicilio social en Castilla y León operen fuera de la comunidad autónoma, y al objeto de inscribir a los franquiciadores que únicamente desarrollen su actividad en el territorio de Castilla y León.

**Artículo 2º.- Constitución del Registro**

1. Se crea el Registro de Franquiciadores de Castilla y León, previsto en el artículo 62.2 7/1996, de acuerdo con el objeto definido en el artículo anterior a los solos efectos de información y publicidad, y que tendrá carácter público y naturaleza administrativa.
2. Este Registro depende orgánicamente de la Dirección General de Comercio y Consumo de Consejería competente en materia de comercio.
3. En este Registro deberán presentar solicitud de inscripción, con carácter previo al inicio de la actividad de cesión de franquicia, las personas físicas y jurídicas

que pretendan desarrollar en España la actividad, cuando su domicilio social se encuentre en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

4. El incumplimiento de esta obligación será sancionado de acuerdo con lo previsto en el Título IV de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación de Comercio Minorista.

### **Artículo 3º.- Funciones del Registro**

El Registro de Franquiciadores de Castilla y León tendrán las siguientes funciones:

1. Inscribir a los franquiciadores que teniendo su domicilio social en Castilla y León, limiten el ejercicio de su actividad a esta comunidad autónoma. Se asignará una clave de identificación registral a nivel de la comunidad autónoma.
2. Proponer al Registro de Franquiciadores creado por el Real Decreto 2.485/1998, de 13 de noviembre, la inscripción de aquéllos que tengan domicilio social en Castilla y León y su actividad se extienda fuera de este ámbito territorial. La clave individualizada de identificación registral será asignada por el registro dependiente de la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Hacienda y notificada a la comunidad autónoma, que anotará la misma en su propio Registro.
3. Aportar al Registro Estatal, de forma periódica, los datos necesarios para la actualización del mismo, respecto de los franquiciadores definidos en el apartado 2 de este artículo.
4. Inscribir las cancelaciones referidas a los franquiciadores definidos en el apartado 1 de este artículo.
5. Proponer al Registro estatal la cancelación de la inscripción de los franquiciadores a los que se refiere el apartado 2 de este artículo.

6. Expedir las oportunas certificaciones acreditativas de los franquiciadores inscritos en este Registro y de la correspondiente clave de identificación registral.
7. Suministrar a las personas interesadas la información de carácter público que soliciten relativa a los franquiciadores inscritos en este registro.
8. Cualesquiera otras funciones compatibles con su actividad que le sean encomendadas por la autoridad competente.

#### **Artículo 4º. Documentación necesaria para obtener la inscripción en el Registro de Franquiciadores de Castilla y León**

Las solicitudes de inscripción en el Registro de Franquiciadores de Castilla y León se dirigirán, en el modo establecido en el Anexo 1, a la Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo, pudiendo presentarse de conformidad con lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, acompañadas al menos de los siguientes datos o documentos:

1. Datos referentes a los franquiciadores: nombre o razón social del franquiciador, su domicilio, los datos de inscripción en el Registro Mercantil, en su caso, y el número de código o identificación fiscal.
2. Denominación de los derechos de propiedad industrial o intelectual objeto del acuerdo de franquicia y acreditación de tener concedida y en vigor la titularidad o los derechos de licencia de uso sobre los mismos, así como su duración y eventuales recursos.
3. Descripción del negocio objeto de la franquicia, comprendiendo una memoria explicativa de la actividad, con expresión del número de franquiciados con que

cuenta la red y el número de establecimientos que la integran, distinguiendo los explotados directamente por el franquiciador de los que operan bajo el régimen de cesión de franquicia , con indicación del municipio y provincia en que se hallan ubicados, así como los franquiciados que han dejado de pertenecer a la red en Castilla y León en los últimos dos años.

4. En el caso de que el franquiciador sea un franquiciado principal, éste deberá acompañar la documentación que acredite los siguientes datos de su franquiciador: nombre, razón social, domicilio, forma jurídica y duración del acuerdo de franquicia principal.

#### **Artículo 5º. Obligaciones de los franquiciadores inscritos en el Registro**

Los franquiciadores inscritos en este Registro deberán comunicar, en el modelo establecido en el Anexo II, cualquier alteración en los datos a que se refieren los apartados 1, 2 y 4 del artículo anterior, en el plazo máximo de tres meses desde que se produzca, y el cese de la actividad franquiciadora en el momento en que tenga lugar.

Asimismo, con carácter anual, y durante el mes de enero de cada año, los franquiciadores inscritos en este Registro comunicarán los cierres o aperturas de los establecimientos propios o franquiciados, producidos en el año anterior.

#### **Artículo 6º. Informatización del Registro**

1. La llevanza del registro de Franquiciadores de Castilla y León podrá establecerse en soporte informático.
2. En relación con el funcionamiento del citado registro se estará a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

### **Disposición Transitoria Única.- Inscripción en el Registro**

En el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Orden, los franquiciadores que estén ejerciendo su actividad de cesión de franquicia en Castilla y León deberán presentar su solicitud de inscripción, acompañada de la correspondiente documentación, ante la Dirección General de Comercio y Consumo de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo.

### **Disposición Final Única.- Entrada en vigor**

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

## ANEXO 2

### **MODELO DE CONTRATO DE FRANQUICIA PARA FRANQUICIAS INTERNACIONALES DEL TIPO DIRECTO/ UNITARIO Y COMERCIAL**

#### **ENTRE:**

...

Con sede social en ..... aquí representada por ..... en adelante el “franquiciador”; y  
..... con sede social en ..... aquí representada por ..... en adelante el  
“franquiciado”.

#### **PREÁMBULO**

Las partes han acordado lo siguiente:

##### Artículo 1. Propósito.

El franquiciador concede al franquiciado el derecho a comercializar o fabricar bajo franquicia los siguientes productos y/o servicios aceptando éste último llevar a cabo el acuerdo de franquicia de acuerdo con los términos de éste contrato, en los locales y en territorio definidos en el artículo 4: ...

##### Artículo 2. Posición legal del franquiciado.

2.1. El franquiciado desarrolla sus actividades como comerciante independiente, en nombre y por cuenta propia.

Debe por lo tanto cumplir con los requisitos legales comunes a todos los comerciantes, en particular las reglas de aptitud, así como requisitos sociales, fiscales y comerciales.

Como comerciante independiente, el franquiciado correrá con todos los riesgos y se beneficiará de todas las ganancias propias de su actividad.

2.2. El franquiciado no es agente ni representante de ventas, ni empleado, no socio del franquiciador.

El franquiciado no actúa como agente comisionista del franquiciador, no estando autorizado a contratar en nombre del franquiciador ni a comprometer a éste con terceros, ni hacer que obligación alguna surja a cargo del franquiciador.

Artículo 3. Derechos concedidos.

Con objeto de permitir al franquiciado desarrollar su negocio adecuadamente, el franquiciador le concede los siguientes derechos, bajo las condiciones que se desarrollan a continuación:

- a) El derecho a usar el diseño (logotipo) representado por ....., registrado como marca de producto (servicio) bajo el número ..... (o el derecho a usar las técnicas de fabricación ... registradas como patente ....);
- b) El derecho a usar el nombre/signo .....
- c) El derecho a tener acceso y el derecho de uso del *know how*, según viene definido en el anexo N° 1 del presente contrato.
- d) El derecho a beneficiarse de la asistencia técnica, comercial, legal y de gestión del franquiciador, al inicio de la franquicia, así como durante la vigencia de la misma, según viene definido en las secciones V y VI.
- e) El derecho a vender o usar los productos fabricados por el franquiciador, o de acuerdo con sus instrucciones y/o apoyando el nombre de la marca del franquiciador.

Artículo 4. Territorio.

El derecho a explorar la franquicia concedida por el franquiciador será ejercido en el territorio y desde los locales indicados en el anexo N° 2 del presente contrato.

El franquiciado no cambiará la ubicación ni modificará los locales existentes sin el previo consentimiento escrito del franquiciador.

El franquiciado respetará la exclusividad concedida por el franquiciador a los otros franquiciados, y no desarrollará fuera de su territorio actividad alguna relacionada con ventas, comercialización o promociones, ni establecerá un lugar de fabricación para los productos y/o servicios.

#### Artículo 5. Exclusividad.

5.1. Durante la vigencia del presente contrato ya para el territorio indicado en el artículo 4, el franquiciador acuerda lo siguiente:

- No conceder en todo o en parte su franquicia a terceros;
- No dirigir él mismo la franquicia, en todo o en parte no comercializar los productos y/o servicios cubiertos por esta franquicia, bajo un método similar;
- No suministrar, en todo o en parte los productos y/o servicios cubiertos por esta franquicia a terceros.

Se considera tercero toda persona o compañía que, por ley o *de facto*, controla, es controlada, o está bajo control en común con el franquiciador.

5.2. Durante la vigencia del presente contrato, el franquiciador:

- Gestionará la franquicia únicamente en los locales mencionados en el artículo 1;
- Se abstendrá de buscar clientes fuera del territorio definido en el artículo 4, para los productos y/o servicios cubiertos por la franquicia.

#### Artículo 6. Duración.

El presente contrato entra en vigor en la fecha de su firma por un periodo determinado de .... años, y se prorrogara automáticamente por periodos sucesivos de ... años a no ser que el franquiciador o el franquiciado lo denuncien al menos .... meses antes de la fecha de expiración del primer término o de cada término subsiguiente, por

correo certificado o cualquier otro medio de comunicación escrita que permita la determinación precisa de la fecha de recepción de la notificación.

El presente contrato entra en vigor el día de su firma por un periodo indeterminado.

Cada parte puede dar por finalizado en contrato notificándolo antes de .... meses, por correo certificado o cualquier otro medio de comunicación escrita que permita la determinación precisa de la fecha de recepción de la notificación.

## SECCIÓN I

### Principios Generales

Artículo 7. Buena fe.

Las partes actuarán de buena fe en lo relativo a la interpretación y ejecución del presente contrato. En particular emplearán sus mejores esfuerzos en ser diligentes, leales, cooperantes el uno con el otro.

Las partes acuerdan que la disposición antes mencionada constituye un deber esencial, ya que define su relación en el ámbito del contrato.

Artículo 8. Observancia de las leyes nacionales.

El franquiciado acatará todas las leyes aplicables y obtendrá todas las autorizaciones necesarias.

Artículo 9. Niveles de calidad del franquiciador.

El franquiciado comercializará y/o fabricará los productos y/o servicios a los que se refiere el artículo 1, respetando la imagen de marca de la red del franquiciador y bajo condiciones tales que aseguren una perfecta y homogénea composición.

Para asegurar este objetivo el franquiciado cumplirá en particular las siguientes disposiciones:

## 9.1. Locales.

9.1.1. El franquiciado cumplirá estrictamente los términos definidos en las especificaciones del franquiciador, según vienen enunciadas en el anexo 3 del presente contrato, en todo lo referente a mobiliario y decoración de los locales, así como la representación general de los productos y/o servicios.

En la fecha de firma del presente acuerdo, como muy tarde, el franquiciador dará al franquiciado una estimación aproximada de los costos de tal mobiliario, que correrán a cargo del franquiciado.

De producirse cualquier cambio sustancial durante la ejecución de este acuerdo, por parte del franquiciador, de las reglas establecidas más arriba, tales como instalaciones suplementarias, transformaciones, etc., los gastos correrán a cargo del franquiciador.

9.1.2. El franquiciado asegurará, a su cargo, el perfecto mantenimiento de los locales, al tiempo que cumplirá las instrucciones del franquiciador tal como están definidas en el anexo 3 del presente contrato.

## 9.2. Derechos concedidos.

9.2.1. El franquiciado tendrá el uso de los derechos de propiedad intelectual e industrial a los que se refiere el artículo 3, de acuerdo con los términos y dentro de los límites expresados a continuación. El franquiciado no usará estos derechos para otro propósito que no sea la comercialización de los productos y/o servicios indicados en el artículo 1, bajo ningún concepto los utilizará después de finalizar el presente contrato.

9.2.2. El franquiciado colocará, a su cargo, dentro y fuera de los locales, los signos distintivos de la franquicia, incluyendo el rótulo del establecimiento, que le franquiciador pondrá a disposición del franquiciado. Sin previo consentimiento expreso del franquiciador, a pesar de la aplicación del artículo 9.2.3, párrafo 2, el franquiciado no añadirá otros elementos distintivos.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9.1.1, párrafo 3, los costes correrán a cargo del franquiciado, junto con los gastos de seguro, mantenimiento e impuestos, en su caso.

9.2.3. El franquiciado utilizará la denominación "... ” en toda la correspondencia, facturas, así como en otros documentos comerciales y publicitarios empleados en el desarrollo de sus actividades, y en los vehículos comerciales y en los locales.

El franquiciado también exhibirá su propia denominación social, así como cualquier otra identificación legal, de manera que no haya confusión posible entre franquiciador y franquiciado, sin que la identificación del franquiciado pueda dañar la imagen del logotipo, signos o denominaciones del franquiciador.

9.3. Imagen frente a los clientes.

Para respetar la imagen que los clientes tienen de las marcas de fábrica y de comercio de la red, el franquiciado:

- Desarrollará la franquicia conforme a los usos comerciales aplicables a la actividad de franquicia;
- Mantendrá, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 26.1, un inventario suficiente de los productos relacionados en el artículo 1 que le permita satisfacer inmediatamente las demandas de los clientes:
- Contratará el personal necesario, tanto en calidad como en cantidad, y se asegurará que dicho personal cumpla las especificaciones del franquiciador en lo referente a su apariencia y su relación con los clientes, tales especificaciones se encuentran en el anexo 1 del presente contrato:
- Respetará escrupulosamente sus obligaciones "*vis a vis*" con los proveedores de los productos y/o servicios, en particular pagándoles las cantidades adeudadas a su debido tiempo:

- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11, ni comercializará productos y/o servicios que pudieran dañar la imagen de marca de la red:
- Someterá cualquier programa de publicidad de su propia iniciativa al consentimiento previo y escrito del franquiciador, y tal consentimiento se referirá únicamente a la naturaleza del anuncio y no a las condiciones de venta, tales como el precio del anuncio;
- Asegurará el inmediato cambio o reembolso de todos los productos y/o servicios suministrados que cumplan con los niveles de calidad tal como vienen definidos en el anexo 1 del presente contrato;
- Tratará adecuada y diligentemente cualesquiera quejas de los clientes.

#### 9.4. Métodos comerciales.

9.4.1. El franquiciado aplicará los métodos comerciales establecidos por el franquiciador, desde el punto de vista técnico, comercial y de gestión, según se definen en las secciones V y VI del presente contrato.

El franquiciado no usará tales métodos para otro propósito que no sea la comercialización de los productos y/o prestación de servicios referidos en el artículo 1, ni los usará después de la finalización del presente contrato.

9.4.2. Con el fin de mantener una identidad e imagen común en toda la red, el franquiciado está obligado a buscar asistencia y consejo del franquiciador para cualquier problema que pudiera aparecer y que no se encuentre contemplado en el artículo 9.4.1.

9.4.3. El franquiciado llevará a cabo las campañas de promoción y publicidad de acuerdo con los términos definidos en el artículo 17.

#### 9.5. Proceso de control

9.5.1. El franquiciador tendrá acceso completo a los locales del franquiciado, ... veces por semestre, dentro de las horas y días laborales, con la finalidad de que el franquiciador se asegure de que el franquiciado cumple con los términos del presente contrato.

De igual manera, el franquiciador podrá pedir la asistencia de un especialista (auditor de la compañía, abogado, etc.) con el fin de llevar a cabo una auditoría financiera y legal del negocio franquiciado.

Los gastos de tales inversiones correrán a cargo del franquiciador.

Por su parte el franquiciado colaborará completa y lealmente con el franquiciador dando respuesta a sus preguntas (o a las de cualquier otra persona autorizada), comunicándole de forma espontánea toda información que sea de utilidad.

9.5.2. El franquiciado proporcionará al franquiciador, en un plazo de tiempo razonable, toda la información requerida sobre la situación comercial, financiera o técnica del negocio.

Cada .... meses el franquiciado proporcionará al franquiciador los siguientes documentos:

- .....
- .....

Por lo demás el franquiciado proporcionará al franquiciador todos los documentos contables relevantes el último día de cada mes, con el fin de que el franquiciador pueda determinar las cuotas periódicas previstas en el artículo 14.

Artículo 10. Protección de los derechos del franquiciador.

10.1. El franquiciado se obliga informar inmediatamente al franquiciador de cualquier usurpación o uso abusivo de la marca, el nombre comercial u otras abreviaturas, así como de cualquier otro acto de infracción o competencia desleal.

10.2. El franquiciado proporcionará al franquiciador ayuda necesaria en los procesos legales a fin de alcanzar una resolución favorable del pleito. El coste de tal asistencia correrá a cargo del franquiciado y/o franquiciador.

Tras previa solicitud escrita, el franquiciado, si legalmente estuviera capacitado para hacerlo, iniciará procedimientos legales para obtener el reconocimiento de los derechos del franquiciador y/o franquiciado.

Artículo 11. No competencia.

11.1. El franquiciado, en el ámbito territorial definido en el artículo 4:

- No participará financieramente ni dará ayuda financiera al capital de una compañía competidora ni al capital de una de sus empresas filiales, cuando tal ayuda financiera o participación le permita tener alguna influencia en las actividades económicas de la compañía.

11.2. Si el franquiciado decidiera constituir una empresa no competidora, deberá comunicarlo previamente y por escrito al franquiciador.

11.3. El artículo 11.1 continuará en vigor durante el plazo de un año desde la finalización del presente contrato, independientemente de los motivos de dicha terminación.

11.4. Si el franquiciado no cumpliera con las disposiciones del presente artículo quedará obligado con el franquiciador, de pleno derecho y sin notificación previa, a una indemnización contractual de .....

El pago global contemplado en el párrafo precedente deberá actualizarse anualmente teniendo en cuenta los cambios y precios, de acuerdo con la fórmula siguiente:

Monto de indemnización x índice n +1

Índice base (= n)

Artículo 12. Confidencialidad.

12.1. El franquiciado reconoce que toda la información remitida a su atención en el curso de su relación con el franquiciador, debe ser considerada “*información confidencial*”.

En ocasiones, la expresión “*información confidencial*” no será aplicable, como en los casos siguientes:

- a) Información ya revelada al público en general o que llegue a ser accesible al público por otros medios que lo constituyen un incumplimiento de las obligaciones generales del franquiciado.
- b) Información que ya obre en poder del franquiciado en la fecha en que esta información le sea comunicada por el franquiciador, siempre que el franquiciado pueda demostrar ese conocimiento personal.
- c) Información revelada al franquiciado por un tercero con derecho a revelar tal información, siempre que éste tercero no esté sometido a un acuerdo de confidencialidad.

12.2. El franquiciado se compromete a no comunicar, directa o indirectamente, a terceros, la información confidencial recibida del franquiciador, salvo la necesaria para que el personal u otras personas desempeñen las obligaciones contenidas en el presente contrato.

12.3. El franquiciado se asegurará de que ni él, ni miembro alguno de su personal ni otra persona que desempeñe las obligaciones del presente contrato, utiliza información confidencial para fines distintos de los contenidos en el presente contrato.

12.4. .... es considerada persona desempeñando las obligaciones reseñadas en el presente contrato así como cualquier otra persona o sociedad que, de facto o por ley, controle, sea controlada o esté bajo control conjuntamente con el franquiciado.

12.5. Cuando se facilite la información de acuerdo con el artículo 12.2., el personal y las personas que desempeñan las obligaciones reseñadas en el presente contrato, habrán de ser informadas de la existencia del mismo, y de la naturaleza confidencial de la información comunicada.

El franquiciado se asegurará de que el personal y las personas que desempeñen las obligaciones reseñadas en el presente contrato, antes de recibir la información cumplirán con las obligaciones de secreto y de no utilización de la información confidencial impuestas en el presente contrato. En su contrato laboral se incluirá una cláusula mediante la que se otorgue al franquiciador capacidad para ejercer acciones directas contra el personal u otras personas en caso de no respetarse el pacto de confidencialidad

En todo caso, el franquiciado responderá plenamente de cualquier revelación o utilización de información confidencial por parte de su personal o de otras personas controlada por él o bajo su control (incluso después de la marcha de tales empleados, comprendiendo los despidos por el franquiciado).

12.6. El franquiciado no desvelará ni usará para ningún otro propósito la información confidencial, durante la vigencia del presente contrato, ni después de su finalización, cualquiera que sea la causa de la misma, así como en de transferencia según viene definida en el artículo 28, siempre que la información no haya llegado a ser de dominio público.

12.7. Caso de incumplimiento de estos términos, el franquiciado tendrá la obligación de indemnizar al franquiciador, sin necesidad de notificación previa, con la suma fija de .....

## SECCIÓN II

### Cánones/Precio

#### Artículo 13. Canon Inicial.

El franquiciado deberá pagar al franquiciador un canon inicial de ..... para obtener el derecho de ser franquiciado y entrar en la red.

Ese canon será pagado en el momento de la firma del presente contrato mediante entrega de un cheque certificado o transferencia de fondos.

Esta suma total cubre todos los beneficios otorgados al franquiciado por el franquiciador, abarcando la puesta en marcha de la franquicia (asistencia, formación, etc.), sin incluir el suministro de bienes y/servicios definidos en el artículo 1, así como los gastos a cargo del franquiciado definidos en el artículo 9.1.1.

#### Artículo 14. Pagos periódicos.

14.1. El franquiciado pagará mensualmente al franquiciador, a cambio de los beneficios otorgados por el presente contrato, un canon equivalente al ... % de la facturación del mes anterior.

La facturación se calculará con base en la cantidad total facturada por el franquiciado a todos los clientes, hayan sido pagadas o no.

La cantidad facturada es el precio real (después de la deducción de cualquier descuento [salvo descuentos por pago al contado], incluyendo todos los gastos adicionales como embalaje, transporte, seguro,...) y los derechos o impuestos de importación , sin tener en cuenta si tales gastos, derechos o impuestos aparecen separadamente en la factura o nota de cargo.

14.2. Basándose en la información recibida del franquiciado de acuerdo con lo expuesto con en el artículo 9.5.2, el franquiciador emitirá al final de cada mes, una factura apagar ..... días después de su emisión.

La factura debe ser emitida en la divisa designada por el franquiciador, y debe ser pagada en esa divisa al tipo de cambio más alto del día de emisión de la factura.

El pago será efectuado en la oficina principal del franquiciador.

14.3. El monto total de los cánones para cualquier periodo de seis meses o 1 año no puede ser inferior a .....

Este monto mínimo será modificado cada año el día correspondiente al de la firma del presente contrato de acuerdo con el índice siguiente ..... sin que sea necesaria notificación previa.

El franquiciador expedirá una factura, si fuera necesario, cada seis meses, siendo tal factura pagadera de acuerdo con los términos expresados en el artículo 14.2.

14.4. En caso de impago, la suma adeudada estará sujeta al pago de un interés de penalización mensual de .... Sin que sea necesaria notificación previa por escrito.

14.5. El franquiciado obtendrá de un banco designado por el franquiciador, o sea ... (un banco de reputación internacional) una garantía de responsabilidad conjunta para todos los importes adecuados de acuerdo con el presente contrato por el franquiciado, limita sin embargo a un monto máximo de ....

En un plazo máximo de ... días a contar desde la firma del presente contrato, el franquiciado proporcionará al franquiciador todos los documentos bancario,

### SECCIÓN III

#### Marcas, marcas de fábrica y patentes

Artículo 15. Derechos de uso exclusivo.

El franquiciador concede al franquiciado el derecho exclusivo para marcas de fábrica y de comercio y/o patentes definidas en el artículo 3 del presente contrato, en el territorio

definido en el artículo 4, pero tal uso solo será concedido para la comercialización de los productos y/o servicios definidos en el artículo 1.

#### Artículo 16. Obligaciones del franquiciador.

##### 16.1. El franquiciador garantiza:

- Que las marcas definidas en el artículo 3 han sido legalmente registradas en el territorio definido, y que tales registros seguirán en vigor mediante pago puntual de todos los *royalties* adeudados, y renovación en plazo de todos los registros.
- Que es el poseedor de las marcas y está, por lo tanto, calificado para conceder la franquiciado el derecho a usarlas.
- Que el uso por parte del franquiciado de estos derechos no interfiere con los derechos de un tercero en el territorio mencionado en el presente contrato.
- Que no existe en el momento de la firma del presente contrato, ninguna reclamación ni acción legal iniciada por terceros reclamando tener derecho sobre las marcas, ni acción previsible en el futuro.

##### 16.2. El franquiciador acuerda prestar, durante la vigencia del presente contrato y hasta el final de la franquicia:

- El uso del signo o insignia de la marca de fábrica o de comercio ..., en tamaño ..., en el exterior de los locales, de acuerdo con los términos y condiciones de las instrucciones mencionadas en el anexo 3.
- ....., signos interiores mostrando la marca de fábrica o de comercio.

##### 16.3. El franquiciador promoverá, nacional e internacionalmente la marca de fábrica o de comercio.

El franquiciante se esforzará por asegurar que el franquiciado se beneficie de tales promociones, particularmente por la identificación del negocio franquiciado.

Una vez al año el franquiciador proporciona al franquiciado su programa promocional y campaña publicitaria, requiriéndose de éste sugerencias y proposiciones para asegurar la eficacia de tales campañas.

Una vez se inicie una campaña publicitaria, el franquiciador proporcionará lo antes posible al franquiciado, a sus expensas y corriendo con todos los gastos, todos los materiales (insignias, folletos, posters, gadgets, catálogos, muestrarios, etc.) necesarios.

Artículo 17. Obligaciones del franquiciado:

El franquiciado promoverá la marca de fábrica o de comercio en el territorio definido en el artículo 4 del presente contrato y dedicará un presupuesto mínimo de ..., para alcanzar este objetivo.

Artículo 18. Colaboración.

Las partes se consultarán y colaborarán mutuamente con el fin de asegurar que aumente el conocimiento público de la marca de fábrica o de comercio.

A fin de optimizar la comunicación entre franquiciador y franquiciado, el franquiciador establecerá una Asociación de Franquicia cuando haya diez (10) o más franquiciados en la red, los encuentros de la Asociación se efectuarán a un ritmo regular, pero como mínimo cada .... (meses/años), debiendo asumir todos los costes los propios franquiciados.

## SECCIÓN IV

### *Know How*

Artículo 19. Derecho a uso no exclusivo.

El franquiciador concede al franquiciado el derecho a adquirir y usar el *know how*, tal como viene definido en el anexo 1 del presente contrato.

Artículo 20. Obligaciones del franquiciador.

20.1. El franquiciador asegurará la formación inicial y continúa del franquiciado:

a) Antes del inicio de cualquier actividad, el franquiciador formará al franquiciado y a su personal a fin de familiarizarlos con los términos y procedimientos técnicos, financieros, comerciales y de gestión de la cadena.

Esta formación durará ... días, en los lugares y fechas indicados por el franquiciador.

Los costes de la organización de tal formación correrán a cargo del franquiciador, a excepción de los gastos de viaje y alojamiento que correrán a cargo del franquiciado.

b) Durante la presente franquicia, el franquiciador organizará, anualmente, durante el mes de ..., un seminario de formación de .... días, dirigido tanto al franquiciado como a su personal.

Este seminario se celebrará en los lugares y fechas indicados por el franquiciador.

Los costes de organización de este seminario de formación correrán a cargo del franquiciador, con excepción de los gastos de viaje y alojamiento que correrán a cargo del franquiciado.

c) El franquiciador organizará, a petición del franquiciado y a cargo de éste último, cursos de formación sobre temas específicos, en los lugares y fechas que indique el franquiciado.

20.2. El franquiciado, durante el programa de formación inicial, proporcionará al franquiciado una copia de todos los documentos titulados “ ...”, así como cualquier otro material formativo que el franquiciador considere necesario.

El franquiciador velará por la conservación de todos los materiales con la debida diligencia.

Mientras dure el contrato y como mínimo .... veces al mes, el franquiciador proporcionará, a su cargo, al franquiciado todas las notas referidas a los diversos aspectos del *know how* especificando en el anexo 1, con el fin de aclarar la interpretación de ciertos puntos y de explicar experiencias del franquiciador y de otros franquiciados.

El franquiciado podrá participar en la redacción de estas notas o facilitar cualquier información que pudiera encontrar.

20.3. Caso de decidir el franquiciador realizar algún cambio en los métodos aplicados, deberá informar de ello por escrito inmediatamente al franquiciado.

Por lo tanto el franquiciador, con una frecuencia regular de, como mínimo. ...., veces al año y a sus expensas, proporcionará al franquiciado cualquier adaptación o nueva versión de las especificaciones contenidas en el anexo 1, a fin de asegurarse que el franquiciado siempre está en posesión de un manual completamente actualizado.

Artículo 21. Obligaciones del franquiciado.

21.1. El franquiciado desarrollará el *know how* recibido del franquiciador de acuerdo con lo establecido en los artículos 20.1 y 20.2, así como los cambios realizados de conformidad con el artículo 20.3.

21.2. El franquiciado y los miembros de su personal deberán participar en los cursos iniciales de formación organizados por el franquiciador de conformidad con el artículo 20.

21.3. El franquiciado podrá realizar todas las sugerencias al franquiciador que sirvan para mejorar la red así como transmitir cualquier experiencia que haya podido obtener en el transcurso de su gestión de la franquicia.

Todas las disposiciones mencionadas en el artículo 12 son *mutatis mutandis* (cambiando lo que se debe cambiar), aplicables al franquiciador.

El franquiciador proporcionará a los franquiciados todo el *know how* necesario asegurándose de que quedan informados los propios franquiciados de la naturaleza confidencial del mismo, y por lo tanto de que representarán el secreto y la obligación de no usar esa información.

## SECCIÓN V

### Asistencia

Artículo 22. Asistencia.

El franquiciador proporcionará al franquiciado la asistencia comercial, legal, técnica. Y de gestión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, en las condiciones establecidas a continuación

Artículo 23. Obligaciones del franquiciador.

23.1. El franquiciador asistirá al franquiciado, antes del inicio de cualquier actividad de la franquicia, proporcionándole los siguientes servicios:

- Un estudio de mercado antes del lanzamiento del negocio de franquicia;
- Una serie de pesificaciones, incluyendo los estándares, que hagan referencia tanto a los arreglos y decoraciones de los locales, así como la presentación de los productos y/o servicios; una lista del equipo necesario requerido para el desarrollo del negocio; u un decorador para realizar tales arreglos;
- Un modelo de términos de reembolso así como sugerencias sobre las adaptaciones a realizar por el franquiciado en lo relativo al territorio concedido;

Una promoción publicitaria para la apertura de sus locales con un presupuesto mínimo de ...; consejo sobre cualquier campaña publicitaria que realice el franquiciado para la apertura de la franquicia.

23.2. Durante la vigencia del presente contrato, el franquiciador:

- Satisfará, en un plazo de tiempo razonable, cualquier solicitud del franquiciado referente a asistencia comercial, legal, técnica o de gestión.;
- Proporcionará al franquiciado, a solicitud de éste último, cualquier información relativa a los resultados obtenidos por los otros franquiciados en el pasado año, así como de sus expectativas de ventas;
- Realizará al menos una vez al año un estudio de mercado;
- Enviará a su cargo y a solicitud del franquiciado, un representante de la franquicia, con el fin de suministrarle cualquier ayuda necesaria, por un tiempo máximo de .... días por año.

## SECCIÓN VI

### Suministro de los productos

Artículo 24. Obligación de suministro.

El franquiciador suministrará al franquiciado.

## SECCIÓN VII

### Transferencia de contrato. Subcontratación

Artículo 27. Transferencia de contrato y subcontratación por el franquiciador.

El franquiciador puede transferir o subcontratar alguno o todos los compromisos a los que se refiere el presente contrato.

El franquiciador, no obstante, informará al franquiciado de la transferencia o subcontratación por correo certificado en un plazo máximo de ... días después de la fecha de dicha transferencia.

Salvo acuerdo previo y expreso del franquiciado, el franquiciador es responsable junto con el receptor de la transferencia de todos los compromisos que existieran con anterioridad a la fecha de notificación.

Artículo 28. Transferencia de contrato y subcontratación por el franquiciado.

28.1. el presente contrato se celebra en consideración de la persona del franquiciado, y por tanto éste no puede, sin el consentimiento escrito previo del franquiciador, transferir o subcontratar, sin cargo o de otra manera, a ningún tercero, todos o parte de los derechos y compromisos a los que se refiere el presente contrato.

Se considera tercero cualquier persona o corporación que controle, sea controlada o esté bajo control común del franquiciado.

28.2 el franquiciado debe proporcionar al franquiciador la dirección completa del candidato y los términos de la adquisición así como cualquiera otra información solicitada por el franquiciador.

El franquiciador informará al franquiciado de su decisión por medio de carta certificada, en un plazo no superior a ... meses después de la recepción de la solicitud de transferencia del franquiciado. El silencio del franquiciador se considerará una negativa a la propuesta del franquiciado.

28.3. En consideración de la naturaleza del presente contrato, el franquiciador tiene plenas facultades para considerar al candidato propuesto y las condiciones de la adquisición.

La oferta de transferencia no puede, en modo alguno, dejar de mencionar que el candidato asumirá, para el pasado y para el futuro, los derechos y compromisos del franquiciado.

En caso de una oferta de subcontratación, ésta debe contener el acuerdo expreso del candidato de respetar la cláusula de confidencialidad contenida en el artículo 12.

28.4. Si el franquiciador accediese a la transferencia, el franquiciado:

- Pagará al franquiciador al cabo de ... días de su acuerdo, la suma fija de..., que cubrirá los costes de formación y asistencia del receptor de la transferencia;
- Respetará, por el periodo de un año desde la transferencia, la cláusula de no competencia del artículo 11, en el territorio definido en el artículo 4;
- Será responsable juntamente con el receptor de la transferencia de todos los compromisos previos a la notificación del acuerdo del franquiciador a la transferencia.

## SECCIÓN VIII

### Finalización del contrato

Artículo 29. Fuerza mayor.

29.1. Se suspenderá la ejecución del presente contrato cuando el franquiciado o el franquiciador no puedan cumplir sus compromisos a causa de circunstancias fuera de su control.

Se entiende por circunstancias fuera de su control las que consistan en eventos de los que ninguna parte sea responsable, y, como resultado, ninguna de ellas pueda cumplir sus compromisos, o si la producción de tales eventos pueden hacer impracticable el cumplimiento desde un punto de vista comercial o industrial.

Tales circunstancias incluyen guerras, desastres naturales, actos de las autoridades públicas, disputas sociales (huelgas, cierres, (...)), siempre que tales circunstancias afecten directamente a la capacidad de cualquiera de las partes para cumplir sus obligaciones.

29.2. De producirse un acontecimiento de fuerza mayor, la parte que pretenda invocarlo, deberá informar de ello inmediatamente a la otra parte, en un plazo de ... días, por escrito, o por facsímil si fuera necesario, a menos que todos los medios de comunicación entre los países del franquiciado y el franquiciador estuvieran también afectados. En tal caso, la parte informará a la otra a la mayor brevedad posible. Si no pudiera hacerlo en el plazo de tiempo establecido, no se podrá beneficiar de la disposición contenida en el presente artículo.

La parte que reclame fuerza mayor dará todos los pasos necesarios para limitar los daños que pudieran ocasionarse como consecuencia del acontecimiento imprevisible.

Dicha parte también informará a la otra de la cesación de tal circunstancia con el riesgo de perder sus derechos en caso de no hacerlo.

29.3. Si tal circunstancia imprevisible durara no más de un mes la otra parte podrá rescindir del presente contrato sin indemnización, por medio de correo certificado con un preaviso de ... días.

#### Artículo 30. Finalización prematura.

30.1. En caso de incumplimiento del contrato por alguna de las partes, la otra podrá darlo por finalizado mediante notificación por correo certificado, si no se acusara recibo en un plazo de ... días desde la recepción de la carta, sin perjuicio del derecho a reclamar daños y perjuicios.

30.2. En caso de producirse situación de riesgo por posible insolvencia del franquiciado o del franquiciador, como, por ejemplo, deudas, órdenes de embargo, débitos fiscales, deudas corporativas, retirada de créditos bancarios, así como en casos de quiebra, administración judicial u otros medios de liquidación voluntaria o forzosa, la otra parte podrá dar por finalizado el presente contrato, sin necesidad de preaviso, por medio de

carta certificada, siendo la decisión inmediatamente efectiva al recibo de dicha carta, sin excluir el derecho a reclamar daños y perjuicios.

#### Artículo 31. Cambios relativos al accionariado.

El presente contrato se dará por finalizado si hubiera un cambio significativo de los accionistas tanto respecto al franquiciado como al franquiciador.

Queda entendido que por medio significativo se entiende cualquier modificación que afecte la tendencia de la mayoría de acciones que representen el capital social, o cambios relativos a facultades de voto ligadas a tales acciones.

#### Artículo 32. Efecto.

32.1. Si se diera por finalizado el presente contrato, independientemente del motivo de la finalización, el franquiciado:

- Dejará de usar los derechos definidos en el artículo 3;
- Devolverá en un plazo de ... días a requerimiento escrito del franquiciador, todos los bienes suministrados por éste último para la ejecución del presente contrato, independientemente de la forma o propósito (manual, catálogos, signos, muestras,...) y objetos, incluyendo sus documentos y copias.
- Suprimirá todo tipo de referencias directas e indirecta que pudieran hacer que los clientes recordaran su franquicia anterior.
- Retirá todo el stock que exista en el momento de la finalización, de acuerdo con el artículo 32.2.

32.2. Si se diera por finalizado el presente contrato, independientemente del motivo de la finalización el franquiciador se asegurará de que el nuevo franquiciado designado para el mismo territorio se haga cargo de todo el stock existente a esa fecha al precio inicial de venta pagado al franquiciador.

## SECCIÓN IX

### Otros pactos

#### Artículo 33. Invalidez de una cláusula.

La declaración de nulidad de una cláusula del contrato no afectará al resto del mismo.

Sin embargo, las partes establecen que reemplazarán, siempre que sea posible, cualquier cláusula declarada inválida por otra cláusula que refleje su voluntad inicial, del modo más objetivo y leal posible.

#### Artículo 34. Alcance del contrato.

##### 34. Alcance del contrato.

34.1. El presente contrato contiene la totalidad de derechos y obligaciones de las partes, y sustituye a cualquier otro contrato previamente existente.

34.2. El presente contrato sólo puede ser modificado o enmendado por una cláusula escrita adicional fechada y firmada por ambas partes.

#### Artículo 35. Renuncia

La no aplicación o la expresa y específica derogación de una u otra de las disposiciones contenidas en el presente contrato, no puede ser interpretada por el franquiciado como renuncia a otras disposiciones.

#### Artículo 36. Ley aplicable.

El presente acuerdo se regirá por la leyes de...

#### Artículo 37. Discrepancias

Cualquier divergencia deriva directa o indirectamente del presente contrato, será definitivamente resuelta de acuerdo con las normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o de ..., por uno o más árbitros, designados conforme a dichas normas.

El lugar del arbitraje será ..., y el procedimiento se llevará a cabo en lengua ...

Si apareciera una discrepancia relativa a la existencia, validez, ejecución, interpretación o finalización del presente contrato, sólo los Tribunales de ..., serán competentes.

La presente cláusula se aplicará en caso de conexión, cuestión incidental, comparecencia judicial de terceros, así como en el caso de pluralidad de demandados.

Hecho en ..., el ...

En dos originales, de los que cada parte reconoce haber recibido el suyo original.

Anexos:

1. Especificación del know how concedido por el franquiciador.
2. Especificación del territorio e identificación de los locales en los que se explotará la franquicia.
3. Instrucciones del franquiciador en cuanto a decoración y presentación de los locales.
4. Condiciones generales de venta del franquiciador.
5. Modelo de póliza de seguros a contratar por el franquiciado.

**PROYECTO DE LEY DE FRANQUICIAS**

**ASAMBLEA NACIONAL**

**EL PLENO**

Considerando

Que la dinámica de la economía exige reglas claras en los procesos contractuales propios de la actividad económica, y que el crecimiento del Ecuador se sustenta en un escenario jurídico transparente.

Que las nuevas normas asociativas de producción, y las relaciones comerciales se encuentran comprometidas a profundas transformaciones impulsadas por un sostenido proceso de transferencia tecnológica y de conocimientos.

Que el numeral 15 del artículo 66 de la Constitución de la República establece como derecho de libertad a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva conforme con a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Y que en el numeral 16 del artículo invocado se reconoce el derecho a la libertad de contratación.

Que el numeral 2 del artículo 276 de la Constitución de la República establece como objetivo del régimen de desarrollo la construcción de 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 del trabajo digno y estable.

Que el numeral 5 del artículo 277 de la Constitución de la República establece como deber primordial del Estado para la consecución del buen vivir el impulsar el desarrollo e las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones

políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.

Que el artículo 283 de la Constitución de la República reconoce que el sistema económico es social y solidario; y que el ser humano es el sujeto y fin del mismo, propendiendo al establecimiento de una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado.

Que los numerales 6, 7, 8 y 9 del artículo 284 de la Constitución de la República expresan como objetivos de la política económica el impulso al pleno empleo y el respeto a todas las formas de trabajo relacionadas a los derechos laborales; al mantenimiento de la estabilidad económica, con los máximos niveles de producción y empleo sostenibles en el tiempo; el impulso al intercambio justo y complementario de bienes y servicio de mercados transparentes y eficientes; y la promoción a un consumo social y ambientalmente responsable.

Que los numerales 1 y 3 del artículo 304 de la Constitución de la República establecen como objetivos de la política comercial, el desarrollo, fortalecimiento y dinamización de los mercados internos, así como el fortalecimiento del aparato productivo y la producción nacional.

Que los numerales 3 y 4 del artículo 334 de la Constitución de la República reconoce el acceso equitativo a los factores de producción mediante el impulso y apoyo al desarrollo y difusión de conocimientos y tecnologías orientados a los procesos de producción; y el establecimiento de políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria, y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.

Que es necesaria la expedición de una ley que promueva e impulse y ordene las relaciones derivadas del otorgamiento de franquicias nacionales e internacionales, con el objeto de transformarlas en un sustento del desarrollo económico y laboral del país.

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de sus facultades Constitucionales, expide la siguiente:

## **LEY DE FRANQUICIAS**

### **TÍTULO I**

#### **DEL ÁMBITO Y OBJETIVO DE LA LEY**

**Art. 1.-** La presente ley tiene por objeto normar y promover las relaciones legales y empresariales derivadas de la actividad comercial provenientes del otorgamiento de franquicias.

Se rigen por la presente normativa todas las personas naturales y jurídicas sean estas nacionales o internacionales que en el ejercicio de la producción o venta de bienes o prestación de servicios bajo la modalidad de uso de marcas o licencias denominadas franquicias desarrollen estas actividades productivas en cualquier parte del territorio nacional.

**Art. 2.-** La franquicia es el acervo de derechos de propiedad industrial o intelectual legalmente registrados, relativos a marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, procesos o patentes que deberán explotarse para la comercialización de productos o la prestación de servicios a consumidores o usuarios finales.

**Art. 3.-** La presente ley tiene por objeto regular las relaciones comerciales entre los sujetos participantes de la actividad comercial denominada franquicia.

Este cuerpo legal tiene como esencia la consolidación de los factores de producción para impulsar y apoyar el desarrollo y la difusión de los conocimientos y tecnologías orientados a los procesos de producción, generando empleo y valor agregado; así como la reafirmación de la existencia de un comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad garantizando el ejercicio del derecho a la libertad de contratación; y el reconocimiento a la propiedad intelectual en las condiciones señaladas por la ley.

## **TÍTULO II**

### **LA FRANQUICIA Y EL CONTRATO DE FRANQUICIA**

**Art. 4.-** La franquicia opera cuando los derechos de propiedad intelectual o industrial a los que se refiere el artículo anterior son cedidos mediante licencia de uso y consecuentemente se transmiten los conocimientos técnicos mediante la debida asesoría y por la cual se perfecciona la producción y/o venta de los bienes o servicios de un modo uniforme bajo el idéntico proceso de producción operacional así como de sus estrategias comerciales y administrativas que han sido debidamente definidos por el propietario de la marca y su patente, a efectos de que la calidad del bien o del servicio, se mantengan inalterables en su imagen y en la forma en la que han sido registrados.

**Art. 5.-** El uso de terceros de una marca o licencia de los derechos de la propiedad intelectual o industrial, así como de sus procesos o patentes se perfecciona mediante la suscripción de un contrato expresamente celebrado y en el que el propietario de esa franquicia denominado franquiciador faculta a otro denominado franquiciado el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de bienes o servicios.

Dependiendo del objeto, los contratos de franquicia pueden ser de carácter industrial cuando están relacionados a la fabricación de productos; será de distribución cuando se refieren a la venta de productos; y será de servicios cuando se vinculan a la prestación de servicios.

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

1. El franquiciador;
2. El franquiciado;
3. Causa y objeto lícito;
4. Información previa y consentimiento libre e informado del objeto de la franquicia;
5. Identificación de inscripción legal de la marca y/o patente del país de origen de la franquicia;
6. Determinación de derechos concedidos;
7. Territorio;
8. Exclusividad;
9. Precio por uso de marcas y licencia;
10. Derechos y Obligaciones;
11. Plazo;
12. Confidencialidad;
13. Sometimiento a las leyes de Ecuador;
14. Cláusulas penales;

**Art. 7.-** Los franquiciadores nacionales deberán inscribir en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI su marca y/o patente objeto de la franquicia a efectos de quedar habilitados para el desarrollo de la actividad franquiciante.

Los franquiciadores extranjeros deberán acreditar legalmente el registro de sus signos distintivos; marcas y/o patentes en su país de origen, de conformidad a lo que establezca el reglamento de esta ley.

**Art. 8.-** Los franquiciadores y franquiciados, sean personas naturales o jurídicas, deberán estar legalmente habilitados al momento de la suscripción del contrato de franquicia, incluyendo su identificación de Registro Único de Contribuyentes RUC, otorgado por el Servicio de Rentas Internas SRI.

**Art. 9.-** Todo contrato de franquicia deberá tener los siguientes datos:

- a) El nombre y domicilio del franquiciador;
- b) El nombre y domicilio del franquiciado;
- c) El objeto o propósito del contrato;
- d) La posición legal del franquiciado y del franquiciador;
- e) La designación e identificación de los derechos que se conceden en franquicia;
- f) La identificación del territorio en donde se desarrollará la actividad franquiciada;
- g) La determinación de exclusividad o no de la franquicia dentro de un territorio;
- h) La duración del contrato;
- i) El acuerdo de confidencialidad respecto de los procesos franquiciados;
- j) Información adjunta de los procesos objeto de la franquicia (*know how*);
- k) Los métodos comerciales franquiciados;
- l) Los procesos de control franquiciados;
- m) La declaración de no competencia por parte del franquiciado;
- n) La declaración de no competencia por parte del franquiciador dentro del territorio asignado a la franquicia;
- o) El precio de la franquicia como canon inicial;
- p) El precio de los pagos periódicos;

- q) Obligaciones y derechos del franquiciador;
- r) Obligaciones y derechos del franquiciado;
- s) Transferencias de contratos y subrogación de contrato;
- t) Causales de terminación del contrato;
- u) Jurisdicción en caso de controversias.

**Art. 10.-** El contrato de franquicia deberá establecer las condiciones básicas en las que se debe desarrollar la cesión del uso de marcas, patentes, signos distintivos integrantes de la franquicia.

**Art. 11.-** En virtud del contrato de franquicia, el franquiciado no adquiere la calidad de empleado, ni socio del franquiciador.

El franquiciador, como resultado de la suscripción del contrato de franquicia, solo otorga al franquiciado el derecho a comercializar o fabricar los productos y/o servicios, sin que ello pueda generar relaciones de orden laboral ni societarias.

**Art. 12.-** El franquiciador y el franquiciado no podrán realizar ninguna acción, sea comercial, societaria o financiera, ni ningún tipo de participación que permita tener alguna influencia competitiva en la actividad franquiciada dentro de la jurisdicción y plazo señalado en el contrato

**Art. 13.-** El franquiciador deberá otorgar al potencial franquiciado toda la información por escrito del objeto de la franquicia con una antelación mínima de treinta días a la suscripción del contrato, en la que se consignará la identificación legal del propietario de la franquicia, su domicilio, las certificaciones del registro de inscripción de los signos distintivos, la marca y/o patente en su país de origen, cumplimiento de obligaciones societarias y tributarias.

La información deberá también incluir los niveles de experiencia de la empresa franquiciadora con su historial societario, la evolución y desarrollo, estructura de la red

franquiciada; de la red franquiciada, el contenido y características de la franquiciada y su explotación; formas de organización de la red franquiciada; número de establecimientos; identificación de locales directamente administrados por el franquiciado así como de aquellos que operan bajo la cesión de franquicia a terceros; determinación de la población que se encuentra ubicado en cada local franquiciado; número de franquiciados que dejaron de pertenecer a la red señalándose si el cese del uso de esa franquicia fue como resultado de la culminación del plazo contractual o por causas de terminación.

La información precontractual deberá también contener los elementos esenciales de la franquicia así como también los derechos y obligaciones de las partes contratantes, plazos, condiciones de resolución contractual. Renovación del mismo, contraprestaciones económicas

**Art. 14.-** El potencial franquiciado estará obligado a mantener la absoluta confidencialidad de toda la información precontractual que reciba de parte del franquiciador. Igual obligación la mantendrá al momento de suscribir el contrato respecto de todo lo que haya tenido conocimiento, de las operaciones y actividades propias de la franquicia hasta el plazo que se estipule como vigencia del mismo.

**Art. 15.-** El proceso de capacitación técnica y operativa del personal perteneciente al franquiciado es de responsabilidad del franquiciador.

Los procesos de monitoreo, seguimiento, información, evaluación, calificación de desempeño así como la calidad de los servicios y bienes franquiciados corren a cargo del franquiciador y del franquiciado.

**Art. 16.-** Ninguno de los sujetos contractuales de la franquicia estará facultado a declarar la terminación unilateral del contrato, salvo que se haya pactado por tiempo

indefinido o bien exista una causa justa para ello. La terminación por mutuo acuerdo o por rescisión solo se podrá dar por las causales estipuladas en el instrumento contractual o por las normas expresadas en el Código Civil del Ecuador.

**Art. 17.-** Las controversias suscitadas dentro de la relación contractual serán ventiladas de mutuo acuerdo en uno de los Centros de Mediación y Arbitraje o en su defecto ante los jueces de lo Civil del domicilio donde opera la franquicia. A falta de un centro de Mediación o Arbitraje en el domicilio de operación de la franquicia, se establecerá su competencia en el más cercano a esa jurisdicción.

### **TÍTULO III**

#### **SANCIONES**

**Art. 18.-** Serán sancionados con multa del 20% del valor del canon inicial de la franquicia, y con el 10% del total de los pagos periódicos de un año los franquiciadores que suscriban un contrato de franquicia sin previa inscripción o registro de los signos distintivos, marca y/o patente en el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI o en la institución similar del país de origen cuando estos fuesen extranjeros.

**Art. 19.-** En caso de reincidencia de la infracción determinada en el artículo anterior, la sanción será de multa del 100% de cada uno de los rubros anteriormente señalados.

**Art. 20.-** Serán sancionados con una multa del 10% del valor del canon inicial de la franquicia, y con el 10% del total de los pagos periódicos de un año los franquiciadores y franquiciados que no registren e inscriban el contrato de franquicia dentro de los 30 días posteriores a su suscripción.

**Art. 21.-** La existencia de cláusula penal en el contrato ya sea por incumplimiento o violación a las normas u obligaciones contractuales respectivamente, serán acordadas de

mutuo acuerdo, y no podrán exceder del 20% del valor total del contrato de la franquicia suscrita.

#### **TÍTULO IV**

#### **REGISTRO E INSCRIPCIONES DE FRANQUICIA Y DE CONTRATO DE FRANQUICIA**

**Art. 22.-** Se crea el Registro de Franquiciadores bajo la responsabilidad y control del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI.

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

**Art. 24.-** El Registro de Franquiciadores tendrá las siguientes funciones:

- a) Inscribir a los franquiciadores en el Registro de Franquicias, sean estas personas naturales o jurídicas poseedoras de signos distintivos, marcas y/o patentes;
- b) Actualización sistemática del Registro de los Franquiciadores y de los establecimientos franquiciados, con indicación de las personas naturales o jurídicas franquiciadas respectivamente;
- c) Inscribir y cancelar las franquicias de conformidad a la ley y a los reglamentos;
- d) Emitir los respectivos certificados de solvencia franquiciante con indicación de su correspondiente número de inscripción registral;
- e) Inscribir y registrar los contratos de franquicia;
- f) Permitir el acceso de la información registral a las instituciones públicas y personas naturales o jurídicas de conformidad a lo que establece la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

- g) Toda la información del Registro de Franquiciadores deberá instalarse en soporte informático que permita acceder a una comunicación interactiva con los usuarios;
- h) Inscribir y registrar a los franquiciadores extranjeros, los cuales presentarán su solicitud de inscripción con los requisitos que se expidan para el efecto;
- i) La documentación necesaria para obtener la inscripción en el Registro de Franquiciadores la establecerá el respectivo Reglamento;
- j) Las demás que les asigne la ley y otras normas del ordenamiento jurídico nacional;

## **TÍTULO V**

### **INCENTIVOS Y ESTIMULOS A LA ACTIVIDAD FRANQUICIANTE**

**Art. 25.-** Con la finalidad de estimular el desarrollo de la industria, el comercio, las actividades productivas, tecnológicas, en todas y cada una de las manifestaciones del quehacer cotidiano, así como las que estén dirigidas a proteger y defender el medio ambiente, el Estado Ecuatoriano reconoce a las empresas franquiciadoras y a las franquiciadas el derecho a acogerse a los incentivos de orden tributario reconocidos en los artículos 23 y 24 del 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; así como también lo expresado en el artículo 498 del Código Orgánico de Organización Territorial de Autonomía y Descentralización.

## **DISPOSICIÓN TRANSITORIA**

**ÚNICA.-** Los franquiciadores, 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, a partir de la constitución del Registro de Inscripciones de Franquicia y de Contrato de Franquicia, un plazo de 180 días para proceder a su inscripción al Registro de Franquiciadores.

## CONCLUSIONES

1. La franquicia es un negocio conocido globalmente, y aceptado positivamente en todos los países donde tiene presencia y reconocimiento, debido a la calidad de servicio que presta al igual que los productos que distribuye.
2. Con la presencia de la franquicia se han podido incrementar las tasas de empleo, disminuir el fracaso comercial e incrementar plazas comerciales y modelos de negocios para otros inversionistas.
3. En el contrato de franquicia prevalece la autonomía de la voluntad de las partes, lo que demuestra que se mantiene el principio rector de las relaciones jurídicas de carácter primordial.
4. La franquicia, en su contrato, beneficia a las partes en el sentido económico, comercial, social, en el desarrollo de las empresas, de los productores, distribuidores, al aumentar su plaza de crecimiento en otras ciudades y países.
5. La franquicia es un sistema elástico para el franquiciado al momento de ingresar a la red, así como también lo es para adherirse al mercado y de las necesidades que este tenga.
6. La franquicia, al contar con una cláusula de no competencia, garantiza al franquiciante que su marca no va a sufrir el riesgo de la falsa franquicia o seudofranquicias que pongan en peligro la imagen de la empresa y de calidad de trabajo, así como también la clonación de su *know how*.
7. La transferencia del conocimiento para poner en marcha el *know how* objeto de la franquicia es un elemento que fortalece la formación empresarial del franquiciado, puesto que adapta su conducta empresarial a una forma ordenada y eficiente de

desarrollar la comercialización de bienes y servicios, con lo que asegura el éxito del negocio y la imagen de la marca franquiciada.

8. La franquicia es un sistema de adopción de nuevas tecnologías con el fin de mejorar la gestión del comercio y así obtener ventajas competitivas en el sector minorista. A través de la transferencia tecnológica, con la adopción de los *software* que contienen el proceso de gestión del negocio, se minimizan riesgos, costos y tiempo, lo que deviene en mejor rentabilidad comercial.
9. La franquicia es un negocio de entera cooperación entre las partes, lo que implica que deben compartir los riesgos, especialmente en el campo financiero.
10. Dentro de la franquicia existen ventajas muy satisfactorias para las dos partes, por ejemplo, para el franquiciador, que tiene la oportunidad de internacionalizar su empresa, tiene la facultad, además, de elegir a sus franquiciados, recibir regalías por cada franquicia que ceda; y para el franquiciado: correr el menor riesgo de fracaso, tener independencia; tener independencia; y la facultad de escoger a qué cadena desea pertenecer, y acceder a la información suministrada por el franquiciador.
11. El contrato de franquicia se puede llegar a confundir con otras figuras de contrato, como son el de distribución, el de agencia, el de suministro, pero este tiene propiedades que lo diferencian de aquellos: las cláusulas de asistencia técnica desde el inicio y vigencia del contrato; la supervisión, control, monitoreo y seguimiento de la ejecución fiel del proceso que contiene el *know how* a efectos de que la reputación marcaría se mantenga en óptimos niveles conforme lo ha planificado el ente franquiciante.

## **RECOMENDACIONES**

1. En el Ecuador, el contrato de franquicia no se encuentra definido en ningún cuerpo legal. Existen disposiciones civiles que pueden igualarse al espíritu y aplicación de este, pero que por la falta de determinación y singularización se torna necesario individualizar dentro de las normas contenidas en el Código de Comercio, toda vez que su práctica vertiginosa, que data ya de algunas décadas y que se ha multiplicado considerablemente, la convierten en una fuente para el derecho positivo.
2. El contrato de franquicia, al considerarse un contrato de transmisión de conocimientos, sean estos técnicos o cognoscitivos —lo cual es un beneficio tanto para nuestra sociedad como para el desarrollo de nuevos nichos de mercado y a su vez plazas de empleo—, se debe considerar la creación de un margen de calidad de los productos, de la forma de instauración y distribución para que los estándares en nuestro país sean competitivos con los de otros países y así generar una competencia justa y no monopolizada.
3. Dentro de la creación de normas legales que rijan al contrato de franquicia se debe considerar regular los derechos y obligaciones para el franquiciador como para el franquiciado, y que, de esta manera, no existan riesgos de abuso por parte de alguno de los contratantes.
4. Como consecuencia de la ejecución del contrato de franquicia, el consumidor nacional debe estar protegido a la luz de lo que determina la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor, por lo que es necesario determinar expresamente los niveles de responsabilidades por los bienes y servicios que se comercializan bajo la figura de franquicia.

5. Sin alterar el principio constitucional de la libre empresa, es necesario regular los niveles de intervención territorial de la franquicia en cada ciudad del país en función de las leyes del mercado, de tal modo que se precautele la inversión del ente franquiciado.
6. Se debe establecer un Organismo Nacional competente para el registro del contrato de franquicia; de tal manera de que las suscripción de las partes se revista de todas las formalidades de ley.
7. Se puede establecer dentro del marco legal la existencia de un contrato de promesa de franquicia, el mismo que por voluntad de las partes puede ser de carácter oneroso o gratuito, dejando la posibilidad de incorporar la correspondiente cláusula penal en caso de rescisión.

Como requisito para la suscripción de este contrato es necesario que se considere la obligación del franquiciante de consignar al franquiciatario, previo a la suscripción del contrato toda la información técnica, económica y financiera de la compañía dueña de la franquicia, así como también la exhibición de los documentos que certifican los derechos de propiedad industrial o intelectual, los montos y conceptos de pagos que se estipularán en el contrato y que el franquiciatario debe cumplir. Al tratarse de transferencias tecnológicas y del consabido *know how* será necesaria también la determinación de la asesoría técnica con la que contara el receptor de la franquicia.

8. El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI extenderá la respectiva certificación de marca o patente registrada, documento que habilitará la continuación de la suscripción del contrato.

Las normas adjetivas legales que se expidan en torno al contrato de franquicia igualmente deberán contener la obligación de contar con los respectivos manuales o catálogos operativos, en los que de forma implícita se garantice la transferencia de los conocimientos tecnológicos así como el permanente apoyo en el proceso de ejecución contractual, lo que significa que el monitoreo, seguimiento y evaluación forman parte del contrato.

9. Reglamentariamente se le podrán incorporar al contrato de franquicia los anexos que las partes intervinientes estimen necesarios; sin embargo, es de trascendental importancia que anexos como licencias de uso de marca, contrato de suministro, contrato de distribución, de confidencialidad, de territorialidad, revisión de precios, inclusión de nuevos productos y/o servicios; etc., deban también ser notificados a la institución que legalmente se le haya delegado el registro de tales contratos.
10. La legislación ecuatoriana que se expida para este propósito, debe también determinar los derechos del franquiciatario para requerir la terminación unilateral del contrato, fundado en causales legalmente establecidas más aún cuando los incumplimientos originen nulidad contractual.
11. La acción de reclamar daños y perjuicios por incumplimientos, inobservancias a las normas contractuales, es un elemento que también debe estar considerado en la legislación.
12. Las características del contrato de franquicia hacen necesario que al momento de definirlo, se establezca la zona geográfica de intervención del franquiciatario, así como también las inversiones mínimas con las que deben desarrollarse las actividades empresariales. Todo lo relativo a los inventarios, al diseño de la publicidad, a las políticas de manejo de mercado, a la compra y venta de las materias primas, a los valores agregados, a las relaciones con distribuidores de

bienes y servicios necesarios en el desarrollo de la empresa, etc., de forma clara y precisa deberán estar redactados, a efectos de que los derechos y obligaciones se transparenten.

13. Frente a la igualdad de derechos de los sujetos intervinientes en el contrato de franquicia, las causales de terminación de este convenio deben estar también tipificadas en la ley de conformidad a las normas generales reconocidas en el libro IV del Código Civil ecuatoriano.
14. Todos los derechos y obligaciones de los sujetos que suscriben el contrato de franquicia deben ser transparentados de forma expresa, de tal manera de que esa manifestación sea el recaudo legal con el que se fundamente el ejercicio y cumplimiento de derechos y obligaciones respectivamente.
15. El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI, los Organismos de Ciencia y Tecnología, las Cámaras de la Producción, Asociación de Franquiciante y las Organizaciones de Consumidores deben aportar en el perfeccionamiento para la efectiva vigencia de estos contratos dentro del país mediante procesos de información, debate y capacitación.
16. La Función Ejecutiva, la Asamblea Nacional y los involucrados en el desarrollo de la franquicia en el Ecuador deben sumar conocimientos para que en conjunto con la sociedad se plasme un cuerpo legal que fije las reglas claras para el armónico desarrollo contractual de la franquicia.
17. Frente a la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en nuestro país se podría plantear la posibilidad de incorporar a este un capítulo que norme la existencia, los derechos y obligaciones del contrato de franquicia, en la que se incluyan las recomendaciones que me he permitido señalar, adecuadas al texto constitucional y a los principios sustantivos contenidos en el

Código Civil ecuatoriano, el Código de Comercio, en la Ley de Propiedad Intelectual y demás leyes conexas con el desarrollo de la franquicia en nuestro país, o en su defecto expedir una ley propia a la actividad franquiciante, respecto de la cual me he permitido esbozar un borrador de proyecto de ley.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL:**

1. ARCE Gargollo Javier, “*El Contrato de Franquicia*”, Colección de Ensayos Jurídicos, Editorial Themis, México, 1997.
2. BESCOS Torres Modesto, “*Factoring y Franchising*”, Madrid-España Editorial Pirámide, 1990.
3. BORJA Soriano, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, Novena Edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
4. CHARAN Ram, “*KNOW HOW, Las 8 habilidades que distinguen a las personas de un buen desempeño de las demás*”, Editorial Norma, Bogotá-Colombia, 2009.
5. DIEZ DE CASTRO Enrique, Navarro García Antonio, Rondán Cataluña Francisco Javier, *El Sistema de Franquicia “Fundamentos teóricos y prácticos”*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2005.
6. FARINA Juan Maria, “*Contratos Comerciales Modernos*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.
7. GARRIGUES Joaquin “*Curso de Derecho Mercantil*”, Editorial Porrúa, México, 1979.
8. HOCSMAN Heriberto, “*Contrato de Concesión Comercial*”, Ediciones La Roca, Buenos Aires- Argentina, 1994.
9. MALDONADO CALDERÓN Sonia, “*El Contrato Franchising*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
10. MARTIN Esther, “*La Franquicia, Aplicación Práctica y Jurídica*”, Editorial Arazandi, Madrid, 2000.
11. MARZORATI Oswaldo, “*Franchising*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

12. LÓPEZ Guzmán, *El Contrato de Franquicia Internacional “Un modelo estratégico empresarial”*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá-Colombia, 2005.
13. LORENZETTI Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos*, Tomo I, Ricardo Luis, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires- Argentina, 1999.
14. PAVÓN Gonzalo, FERNÁNDEZ María Susana, *La Franquicia “Tratado Práctico y jurídico”* Ediciones Pirámide, Madrid, 2010.
15. PURVIN Robert L., *El Fraude en las Franquicias “Como protegerse antes y después de invertir”*, Primera Edición, México 1995.
16. RIGOL, J., *“La Franquicia, Una Estrategia De Expansión”*, Editorial Einia, Barcelona, 1992.
17. RUIZ Peris Juan Ignacio, *“Los Tratos Preliminares En El Contrato De Franquicia”*, Editorial Aranzi, Madrid, 1998.
18. TERRAZAS Carlos, *La Franquicia “Comentarios jurídicos y Normativa”*, Ediciones Selina Olmedo, Madrid, 2005.
19. TREVIÑO García Ricardo, *“Los Contratos Civiles y sus Generalidades”*, Séptima Edición, Editorial McGraw-hill/interamericana S.A., México, D.F., 2008.
20. VANEGAS Santoro Antonio, *El Contrato de Franquicia*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1999.

#### **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA O SECUNDARIA**

1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Jurídica El Forum, Quito, Ecuador, 2009.

2. CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Decima Quinta Edición, Quito, Ecuador, 2010.
3. CÓDIGO DE COMERCIO ECUATORIANO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Novena Edición, Quito, Ecuador, 2009.
4. LEY DE COMPAÑÍAS, Corporación de Estudios y Publicaciones, Decima Cuarta Edición, Quito, Ecuador, 2009.
5. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito, Ecuador, 2002.
6. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial DRISKILL S.A., Tomos III y XII, Buenos Aires, Argentina 1992.
7. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima Primera Edición, Tomo II, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.
8. DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Cuarta Edición, Bibliografía Omeba, Editores Libreros, Tomo I, Buenos Aires. Argentina, 1962.
9. CEVALLOS Vásquez Víctor, “*Contratos Civiles y Mercantiles*”, Tomo I Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011.
10. CABANELLAS Guillermo, “*Diccionario de Derecho Usual*”, Tomo I, Editorial Omeba, Buenos Aires, 1962.

#### **5.1.1. LEGISLACIÓN EXTRANJERA:**

1. Código Deontológico Europeo de la franquicia, 1991.
2. UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), MODEL FRANCHISE DISCLOSURE LAW, Roma, 2002.

3. Normativa de la Unión Europea: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Roma, 25 de marzo de 1957.
4. Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista, España.

**FUENTES DIGITALES:**

1. <http://www.franquiciasynegocios.com/lista-de-franquicias>
2. [http://www.ac-franchise.com/fr/actualite-affaires-general-0\\_2917.html](http://www.ac-franchise.com/fr/actualite-affaires-general-0_2917.html)
3. <http://www.franquiciashoy.com/>
4. <http://www.aefran.org/>
5. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/franquicias>