



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

El contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia

**Trabajo de titulación para optar al título de Abogado de los Tribunales y  
Juzgados de la República**

**Autor:**

Alex Patricio Berrones Guevara

**Tutor:**


Dr. Vinicio Mejía Chávez, Ph.D.

**Riobamba, Ecuador. 2023**

## DECLARATORIA DE AUTORÍA

Los criterios emitidos en el trabajo investigativo con el título denominado, “**El contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia**” previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, como también los contenidos, ideas, análisis y conclusiones, son personales y acorde a la investigación que se efectuó, por lo tanto, es exclusiva responsabilidad intelectual, moral, legal y académica del autor, quien firma en el presente escrito. Y los derechos de autoría le pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.

Riobamba, 23 de febrero del 2023.



---

Alex Patricio Berrones Guevara  
C.I. 060584688-0

## **DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR**

Quien suscribe, Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez, Ph.D. docente de la Facultad Ciencias Políticas y Administrativas de la universidad nacional de Chimborazo, por medio del presente documento certifico haber asesorado y revisado el desarrollo del trabajo de investigación titulado: “El contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia”, bajo la autoría de Alex Patricio Berrones Guevara; por lo que se autoriza ejecutar los trámites legales para su sustentación.

Es todo cuanto informar en honor a la verdad.

Riobamba, a 23 de febrero de 2023.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'E' followed by 'V', 'M', and 'C', all written in a cursive style. The signature is positioned above a horizontal line.

Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez. Ph.D.

C.I:0601831068

## **CERTIFICADO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL**

Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación “El contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia” por Alex Patricio Berrones Guevara, con cédula de identidad número 060584688-0, bajo la tutoría de Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez, Ph.D. certificamos que recomendamos la APROBACIÓN de este con fines de titulación. Previamente se ha evaluado el trabajo de investigación y escuchada la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba 24 de marzo fecha de su presentación.

Dr. José Orlando Granizo Castillo.  
**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE GRADO**



Dr. Alex Mauricio Duchicela Carillo.  
**MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO**



Dr. Jorge Eudoro Romero Oviedo.  
**MIEMBRO DEL TRIBUNAL DE GRADO**





**CERTIFICADO ANTIPLAGIO**  
Dirección  
Académica  
VICERRECTORADO ACADÉMICO



## CERTIFICACIÓN

Que, Berrones Guevara Alex Patricio con CC:0605846880, estudiante de la Carrera Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado “El contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia” cumple con el 3 %, de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio Ouriginal, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente, autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 16 de marzo de 2023.



Dr. Eduardo Vinicio Mejía Chávez. PhD.  
**TUTOR (A)**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de titulación, se lo dedico a mi señora madre por dedicar cada minuto de su vida a la mía, contribuyendo integralmente en mi formación personal y académica.

Lo hicimos juntos.

*Alex Patricio Berrones Guevara.*

## **AGRADECIMIENTO**

A mi alma mater, la honorable facultad de Ciencias Políticas y Administrativas, y a la carrera de Derecho, gratitud eterna y reconocimiento.

Al mi maestro Dr. Vinicio Mejía mi tutor de tesis, quien dedico un baluarte, su tiempo, no solo para contribuir con aportes académicos sino también para motivarme e inspirarme. A Steve Mejía quien me abrió las puertas de su oficina y me dio su confianza, contribuyendo a mi desarrollo profesional.

A quienes creen que el opio del pueblo es la ignorancia y el desconocimiento y la única forma de transformar la realidad de nuestra patria será cultivando mentes, abriendo sendas y dando luces con la academia formando ciudadanos consientes, críticos, y libres.

*Alex Patricio Berrones Guevara.*

## ÍNDICE GENERAL

**DECLARATORIA DE AUTORÍA**

**DICTAMEN FAVORABLE DEL TUTOR**

**CERTIFICADO ANTIPLAGIO**

**DEDICATORIA**

**AGRADECIMIENTO**

**RESUMEN**

**ABSTRACT**

**INTRODUCCIÓN** ..... 16

**CAPÍTULO I**..... 18

**PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA** ..... 18

1.1. Problema ..... 18

1.2. Justificación..... 20

1.3. OBJETIVOS ..... 21

1.3.1. Objetivo general ..... 21

1.3.2. Objetivos Específicos ..... 21

**CAPÍTULO II** ..... 22

**MARCO TEÓRICO** ..... 22

1.4. ESTADO DEL ARTE ..... 22

1.5. ASPECTOS TEÓRICOS ..... 24

1.5.1. UNIDAD 1 ..... 24

DEL CONTRATO DE FRANQUICIA ..... 24

1.5.1.1. Análisis histórico del contrato de franquicia ..... 24

1.5.1.2. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia..... 26

- Precontrato de franquicia ..... 27

- Contrato de franquicia ..... 27

- Tipos de franquicias ..... 29

- Según lo cedido por el franquiciador al franquiciado..... 29

- Según el vínculo entre franquiciador y franquiciado ..... 32

- Según su ubicación ..... 33

1.5.1.3. Características del contrato de franquicia..... 34

- Consensual ..... 34

- Bilateral..... 34



- Oneroso.....	35
- Conmutativo.....	35
- Principal.....	35
- Contrato atípico.....	36
- De tracto sucesivo.....	36
- Uniforme.....	36
1.5.1.4. Elementos constitutivos del contrato de franquicia.....	37
- Sujetos del contrato de franquicia.....	37
- Contenidos del contrato de franquicia.....	37
1.5.1.5. Ventajas y desventajas del sistema de franquicia.....	39
- Ventajas para el franquiciante.....	39
- Desventajas para el franquiciante.....	40
- Ventajas para el franquiciado.....	41
- Desventajas para franquiciado.....	42
- Ventajas para los consumidores.....	43
- Desventajas para los consumidores.....	43
1.5.2. UNIDAD 2.....	44
DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	44
1.5.2.1. Evolución histórica del Derecho de la Competencia.....	44
- Estados Unidos de Norteamérica.....	45
- Unión Europea.....	48
- América Latina y El Caribe.....	49
1.5.2.2. Prácticas anticompetitivas (Conductas bilaterales).....	50
- Acuerdo o carteles entre competidores (horizontales).....	50
- Acuerdos en la misma cadena de valor (verticales).....	52
- La prohibición de los actos o conductas constitutivas de abuso de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado (Conductas unilaterales).....	52
1.5.2.3. Abuso de adquisición.....	53
1.5.2.4. Abuso de posición dominante o de explotación en el mercado.....	53
1.5.3. UNIDAD 3.....	55
CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA.....	55
1.5.3.1. Las cláusulas de no competencia.....	55
1.5.3.2. Cláusula de no competencia y el contrato de franquicia.....	56
- Contractual.....	56

- Post-Contractual.....	57
1.5.3.3. Límites de la cláusula de no competencia en los contratos de franquicia. ....	58
- Límite temporal.....	58
- Límite territorial.....	58
- Límite personal .....	59
1.5.3.4. Normativa ecuatoriana relativa a cláusula de no competencia y el contrato de franquicia.....	59
1.5.3.5. Determinar si las cláusulas de no competencia atentan al derecho de competencia en el contrato de franquicia .....	63
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>66</b>
<b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>66</b>
3.1. Tipo de investigación .....	66
3.2. Diseño de investigación .....	66
3.3. Técnicas de recolección de datos.....	66
3.4. Población y muestra.....	67
3.5. Hipótesis .....	68
3.6. Métodos .....	68
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>69</b>
<b>RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....</b>	<b>69</b>
4.1. Resultados .....	69
4.2. Discusión de resultados.....	79
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>80</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>80</b>
5.1. Conclusiones .....	80
5.2. Recomendaciones.....	81
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>82</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>Tabla 1: Estrato Social</b> .....	67
<b>Tabla 2. Pregunta 1</b> .....	69
<b>Tabla 3. Pregunta 2</b> .....	70
<b>Tabla 4. Pregunta 3</b> .....	71
<b>Tabla 5. Pregunta 4</b> .....	72
<b>Tabla 6. Pregunta 5</b> .....	73
<b>Tabla 7. Pregunta 6</b> .....	74
<b>Tabla 8. Pregunta 7</b> .....	75
<b>Tabla 9. Pregunta 8</b> .....	76
<b>Tabla 10. Pregunta 9</b> .....	77
<b>Tabla 11. Pregunta 10</b> .....	78

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1. Pregunta 1.....</b>	<b>69</b>
<b>Figura 2. Pregunta 2.....</b>	<b>70</b>
<b>Figura 3. Pregunta 3.....</b>	<b>71</b>
<b>Figura 4. Pregunta 4.....</b>	<b>72</b>
<b>Figura 5. Pregunta 5.....</b>	<b>73</b>
<b>Figura 6. Pregunta 6.....</b>	<b>74</b>
<b>Figura 7. Pregunta 7.....</b>	<b>75</b>
<b>Figura 8. Pregunta 8.....</b>	<b>76</b>
<b>Figura 9. Pregunta 9.....</b>	<b>77</b>
<b>Figura 10. Pregunta 10.....</b>	<b>78</b>

## RESUMEN

Factores como la industrialización y a la postre la globalización han provocado el surgimiento del modelo de franquicia como una composición jurídico empresarial que ha cobrado relevancia en la actualidad. Convirtiéndose en el modelo que permite a los franquiciados adoptar una actividad comercial que ha sido puesta a prueba en el mercado teniendo como resultado el éxito que le permite sobrevivir y crecer.

Para materializar la alianza entre el franquiciado y el franquiciante se requiere de un instrumento jurídico que consolide la alianza y establezca los derechos y obligaciones de los participantes de la relación, así como el interés de los consumidores de los bienes y servicios.

El contrato de franquicia se configura como un documento que engloba las cláusulas cuyo contenido refleja los intereses de las partes debiendo apegarse a la normativa ecuatoriana partiendo de la norma suprema, el código de comercio y el código civil. Dentro de las cláusulas es preciso analizar aquellas que pueden ser contrarias al Derecho de la competencia, prestado real importancia a la norma de la materia la ley orgánica de control del poder del mercado.

Desde la visión ecuatoriana el Derecho de la competencia es una rama del derecho público que atiende dos principales factores, el bienestar a los consumidores a través de la entrega de bienes y servicios de calidad, así como la prevalencia de la libre competencia de los operadores económicos en los mercados relevantes. La competencia desleal y las prácticas comerciales restrictivas conocidas como antitrust o antimonopolio son las dos ramas del derecho de la competencia, la competencia desleal entendida como las prácticas contrarias a las buenas costumbres mercantiles.

Una vez entendida la dinámica del sistema de franquicia, las cláusulas de no competencia en dichos contratos, se entiende como aquellas cláusulas que obligan a los franquiciados e incluso a sus accionistas a comprometerse a respetar las normas de competencia leal es decir que no podrán explotar participar en la propiedad ni en la operación por sí misma como persona natural, ni como persona jurídica a través de sus accionistas, ni a través de terceros, ejecutivos, terceros, o empleados en forma directa o indirecta en cualquier negocio similar

al giro de negocio de la franquicia adquiriente configurando dicha prohibición el tiempo, ubicación geográfica a más de repercutir en los familiares de cualquier grado de consanguinidad o afinidad exigiendo que el saber hacer o los secretos empresariales, deben ser tratados con confidencialidad.

Finalmente, se puede determinar que dichas cláusulas deber ser correctamente redactadas en cuanto a los límites que se deben imponer a estas como el límite territorial, temporal y personal de las obligaciones derivadas del contrato.


**Palabras Claves:** Franquicia, Contrato, Cláusulas, Derecho de la competencia, Limite.

## ABSTRACT

Factors such as industrialization and globalization have caused the emergence of the franchise model as a legal business composition that has gained relevance today. It is becoming the model that allows franchisees to adopt a commercial activity tested in the market, resulting in the success that will enable it to survive and grow. To materialize the alliance between the franchisee and the franchisor, a legal instrument is required to consolidate the coalition and establish the rights and obligations of the participants in the relationship and the interest of the consumers of the immovable goods and services. The franchise contract is configured as a document that includes the clauses whose content reflects the interests of the parties and must adhere to Ecuadorian regulations based on the supreme norm, the commercial and civil codes. Within the clauses, it is necessary to analyze those that may be contrary to competition law, giving fundamental importance to the norm of the matter, the organic law of control of market power. From the Ecuadorian perspective, competition law is a branch of public law that addresses two main factors: the well-being of consumers through the delivery of quality goods and services and the prevalence of free competition among economic operators. Unfair competition and restrictive business practices, antitrust or antimonopoly, are the two branches of competition law. Unfair competition is a practice contrary to good business customs in relevant markets. Once the dynamics of the franchise system are understood, the non-competition clauses in said contracts are understood as those clauses that oblige the franchisees and even their shareholders to commit to respecting the rules of fair competition, that is to say, that they will not be able to exploit and participate in the property or operation by itself as a natural person, nor as a legal person through its shareholders, nor through third parties, executives, third parties, or employees directly or indirectly in any business similar to the line of business of the acquiring franchise configuring said prohibition the time, geographical location in addition to having an impact on relatives of any degree of consanguinity or affinity, demanding that know-how or business secrets must be treated with confidentiality. Finally, it can be determined that these clauses must be correctly drafted in terms of the limits that must be imposed on them, such as the territorial, temporal, and personal boundaries of the obligations derived from the contract.

**Keywords:** franchise, contract, clauses, competition law, limit.

KERLY  
YESENIA  
CABEZAS  
LLERENA



Reviewed by:

Mgs. Kerly Cabezas

**ENGLISH PORFESSOR**

**C.C 0604042382**

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación atiende un tema que actualmente comienza a trascender, las franquicias mercantiles en el Ecuador toman cada vez mayor fuerza y relevancia; tal es así, que actualmente se puede encontrar cientos de franquicias funcionales en el país, acarreado consigo relaciones comerciales y legales entre los involucrados quienes en un acto de voluntades establecen ciertas condiciones detallados en un contrato.

A pesar de la importancia que tienen estos actos jurídicos, no existe norma expresa que regule el contenido de estos instrumentos contractuales, ninguna ley regula su revisión o funcionamiento, se recurre a la norma general para establecer sus cláusulas, que al ser reglas ordinarias su composición podría recaer en abusos o vulneraciones a derechos comerciales, como el derecho a la competencia, competitividad que debe ser leal, respetuosa, formal y legal.

Entendiéndose el derecho de competencia como un sistema de mercado que está basado en una libre competencia por parte de sus agentes y requiere que se sujeten a las mismas reglas, actúen independientemente entre sí y utilicen sus propios recursos para la captación de su clientela. Solamente los competidores que lograren una eficiencia en la consecución de sus intereses serán quienes puedan seguir en el mercado compitiendo. Los demás que no logren ser suficientemente eficientes, eventualmente desaparecen de la competencia en el mercado (Carrasquilla et al., 2017).

Los acuerdos de no competencia nacen de un sentido de protección al negocio, la suscripción de este tipo de contratos limita la posible competencia desleal que pueda originarse de aquellas personas que llegan a conocer, o tienen acceso a la información comercial y que podrían aprovechar esta información corporativa para beneficio propio o de terceros. Sin embargo, este sentido de protección puede incurrir en la limitación al derecho de competencia, esta investigación pretende establecer mediante un estudio crítico jurídico, doctrinario sobre los contratos de franquicia y las cláusulas de no competencia.

La investigación se ubica en la provincia de Chimborazo, específicamente en el cantón Riobamba, donde se estudiará el contenido y las características que poseen los contratos de las franquicias de negocios que operan en esta localidad, con la finalidad de determinar si



existen restricciones o conductas contrarias al derecho de la competencia.

Para su análisis y estudio se aplicará el método inductivo, histórico lógico, dogmático y jurídico descriptivo; al ser una investigación jurídica el investigador asume un enfoque cualitativo; por los objetivos que se pretende obtener con la ejecución de la investigación será de tipo documental bibliográfica de campo, pura y descriptiva; de diseño no experimental; la población involucrada está constituida por los gerentes o representantes legales de los negocios franquiciados que prestan sus servicios en la localidad, a quienes se les solicitará el contrato por medio del cual adquirió su franquicia.

La investigación se estructura a lo establecido por el artículo 16 numeral 3 del Reglamento de Titulación Especial de la Universidad Nacional de Chimborazo, que comprende: portada; introducción; planteamiento del problema; objetivos: general y específicos; estado del arte, marco teórico; metodología; presupuesto y cronograma del trabajo investigativo; referencias bibliográficas; anexos; y, visto bueno del tutor.

# CAPÍTULO I.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. Problema

El sistema de franquicia radica en técnicas empresariales, actividad en la que media un contrato por el cual una empresa a la que se denomina franquiciador, cede a otra, denominado el franquiciado, un mercado estableciendo a cambio de una contraprestación, el derecho al aprovechamiento del negocio que el primero ya viene desarrollando anteriormente el cual es reconocido por su suficiente experiencia y éxito, para la comercialización de determinados tipos de servicios o productos (Cámara de Valencia, 2014).

Por otro lado, parafraseando a Riera (s.f., citado por Castellanos, 2006), conceptualiza a la franquicia como un formato de negocios dirigido a la comercialización de bienes y servicios por medio del cual una persona concede a otra el derecho de utilizar una marca o nombre comercial, transfiriendo los conocimientos técnicos necesarios para que pueda comerciar determinados bienes y servicios con los mismos métodos comerciales y administrativos, esto a cambio de prestaciones acordadas voluntaria y anticipadamente.

En este ámbito, las franquicias comerciales han surgido en las potencias mundiales en respuesta al desarrollo sociológico del mercado, del consumo y la concentración económica, siendo una novedosa forma de distribución y venta que se coloca en el mercado por medio de una marca, producto o servicio, generalmente en un territorio donde esta no se comercializa originalmente.

El contrato de franquicia se realiza a través de un convenio con cláusulas ya sean de tipo normativas, de obligaciones, permisivas o prohibitivas; entre el titular del negocio y un comerciante -franquiciado- quien obtiene la oportunidad de replicar el negocio de forma independiente, limitando la competencia entre estos, pero con técnicas similares tanto comerciales como administrativas.

Estos convenios generalmente contienen cláusulas con sus propias reglas y exigencias, así como obligaciones entre las partes. Podría asimismo contener cláusulas de tipo

prohibitivas las cuales llevarían consigo detrimento al “Derecho de la Competencia”; como por ejemplo las cláusulas de no competencia, condiciones que tienen como fin, que una de las partes, generalmente el franquiciado, no compita con la otra, lo que claramente contraviene al libre desarrollo del derecho a la competencia; En el Ecuador, esta materia es relativamente nueva, no se cuenta con un tratamiento legal definido en cuando al establecimiento de estas cláusulas de no competencia aplicadas al contrato de franquicia.

La falta de enfoque normativo a estos convenios que siguen manteniendo cláusulas que restringen la competencia comercial, podría derivar en situaciones desleales como “ventas atadas”, entendiéndose estas como una situación en la que la franquicia está condicionada a la compra de bienes de un solo tipo o a la adquisición de un objeto adicional al bien que se requiere adquirir. Igualmente, puede presentarse “discriminación en los precios” entendiéndose a esta situación cuando una empresa vende el mismo producto o servicio a diferente precio, dependiendo la situación, en beneficio del franquiciante; “Limitación en la producción”, cuando se restringe la producción de cierto bien o servicio, es decir, no podrá el franquiciado vender más productos que el franquiciante.

Para el análisis del presente problema jurídico se hizo un estudio a la legislación ecuatoriana, específicamente al Código de Comercio, que en su Título Séptimo sobre: Sistemas de distribución y otros contratos; Capítulo Tercero, trata de el “Franchising (Franquiciamiento) o contrato sobre franquicias” y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, con su respectivo reglamento. Se pretende investigar entonces sobre el contrato de franquicia en general, la posible falta de legislación que regula el contenido de los contratos de franquicias, puesto que en su contenido generalmente establecen cláusulas de no competencia.

Cabe señalar que, en el contrato de franquicia, las cláusulas deben ser correctamente estudiadas y redactadas respondiendo a las necesidades comerciales, con el objeto de no causar detrimento en el derecho competencia del otro. Las normas legales ecuatorianas el Código de Comercio y la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, podrían no ser los cuerpos jurídicos adecuados para ser el marco legal que permita la suscripción y ejecución de este tipo de contratos, evitando que las franquicias sean un modelo de negocio inadecuado y que sus contratos tengan cláusulas que atentan al derecho de la competencia.

## **1.2. Justificación**

El Derecho de control del poder del mercado o de la competencia es aquella rama del derecho que busca proteger el interés público, así como la propiedad privada, cuya finalidad es restringir las actividades de las empresas o actores económicos que buscan impedir el libre mercado.

El presente estudio va a enfocar la atención sobre el sistema de franquicia, así como del contrato, desplazándose a analizar las cláusulas que las conforman y enfocándose en especial con aquella cláusula de confidencialidad y competencia leal.

La investigación busca estudiar las cláusulas dentro del contrato de franquicia previo a poder determinar mediante un análisis doctrinal y legal, si dichas cláusulas atentan con el derecho de competencia en el libre mercado de los franquiciados al someterse a una cláusula que prohíbe su incursión en una actividad económica similar a la de la franquicia, repercutiendo incluso a sus familiares de afinidad o consanguinidad.

Se asienta en la legislación ecuatoriana tomando como punto de partida el código de comercio, en cuyo contenido encontramos una escueta legislación sobre el sistema *franshising*, así como también de la revisión de la ley orgánica de control del poder del mercado, bajo el paraguas de la constitución ecuatoriana.

Finalmente, una vez realizado el análisis doctrinal y legal, se dirigirá la atención al contexto de la ciudad de Riobamba verificando si dentro de los contratos de un grupo muestral de franquiciados se encuentran este tipo de cláusulas.

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. Objetivo general**

- Analizar el contrato de franquicia y sus cláusulas, a la luz del Derecho de la Competencia, en función a un análisis legal y doctrinario, establecer si incurren en prácticas anticompetitiva.

#### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Determinar mediante un análisis jurídico las características que posee el contrato de franquicia.
- Identificar las restricciones a la competencia que se podrían derivar del contrato de franquicia.
- Establecer si las cláusulas de no competencia en un contrato de franquicia es una conducta contraria al derecho a la competencia.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 1.4. ESTADO DEL ARTE

Respecto al tema “El contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia” no se han realizado trabajos investigativos iguales; sin embargo, existen algunos similares al que se pretende realizar, cuyas conclusiones más importantes son las siguientes:

Fabian Rodrigo Sancho Moreano, en el año 2017, para obtener el título de Maestría en Derecho de la Empresa, en la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador realizó un trabajo investigativo titulado: “Cláusulas de no competencia en contratos de franquicia y pautas para su evaluación en el Ecuador”, concluye el mismo señalando que:

*“El Derecho de la Competencia y el contrato de franquicia mantienen una relación en la cual el primero puede controlar y sancionar ciertas actuaciones que se den en una relación de franquicia, pero por sus características debe ser analizada de una manera distinta a otros modelos de negocio. A fin de lograr un análisis coherente y oportuno, las personas que lo hagan deben contar con un vasto conocimiento sobre el contrato de franquicia y sus características. En conclusión, nos encontramos ante un modelo de negocio que tiene varias aristas y en todas estas se puede dar restricciones a la competencia.*

*En Ecuador, al ser la materia de competencia bastante nueva, no contamos con un tratamiento definido en cuanto a las cláusulas de no competencia y menos aún aplicadas al contrato de franquicia. Por lo anotado, en el país se debe evaluar las cláusulas de no competencia en una franquicia de manera abierta y no restrictiva. Como se pudo apreciar, existe una gran cantidad de derechos en juego, los que deben ser precautelados, siendo necesarias este tipo de cláusulas. Las entidades de control ecuatorianas, a criterio personal, no están del todo preparadas para apreciar en toda su dimensión este tipo de contratados y cláusulas.”*

Karla Cordero Silva, en el año 2013, para obtener el título de Abogado de los Tribunales de la Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, en la Universidad de Cuenca, realizó el trabajo investigativo: “El contrato de franquicia mercantil internacional y su aplicación en el Ecuador”, concluyendo de la siguiente manera:

*“Que el contrato de franquicia mercantil se rige por la autonomía de la voluntad, es decir, que su celebración no está prohibida, sino únicamente depende de las partes. Como consecuencia del principio de la Autonomía de la Voluntad, la creación de normas que regulen esta clase de contratos no es indispensable, pero sí serían de gran utilidad para la protección legal de las partes en caso de conflictos o de vacíos legales producto de un contrato deficientemente estructurado.”*

Alfredo Sierra Herrero, en el año 2014, para la Revista Ius et Praxis, ISSN 0717-2877 de la Universidad de Talca – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, realizó el artículo investigativo: “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”, concluye lo siguiente:

*“La cláusula de no competencia será válida de nuestro Derecho en la medida que cumpla con las siguientes condiciones:*

*a) Que se suscriba exclusivamente con aquellos trabajadores que hayan mantenido contacto estrecho con los intereses competitivos del empresario, y cuya salida de la empresa e incorporación a otra de la competencia haga peligrar estos intereses de modo real. (...); b) Que se prohíba sólo la realización de actividades comprendidas dentro del giro de la empresa en la que se prestaban servicios, Esta prohibición se fundamenta en tratar de impedir que surja una contraposición de intereses entre empleador y trabajador, que termine perjudicando al primero; c) Que cuente con un plazo máximo de duración, Teniendo como referencia las normas de duración de los contratos de plazo fijo, a nuestro entender el plazo de dos años es un límite más que suficiente para que un pacto de este tipo pueda cumplir con sus objetivos.”*

Laura Patricia Carrasquilla Díaz, Jassir Amín Álvarez Estrada, Libro Digital con ISBN: 978-858-8921-38-9, para la Universidad de la Costa, con el tema “EL contrato de Franquicia y su tratamiento en el Derecho de la Competencia en la Unión Europea” una de sus conclusiones, con mayor relevancia es la siguiente:

*“El contrato de franquicia constituye, en alguna de sus cláusulas esenciales, una práctica restrictiva de la competencia, pero que es declarado exento del régimen de nulidad del art. 101. 2 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en función de determinadas ventajas que proporciona tanto a las empresas como a los consumidores. (...)”*

Lorena Castellanos Peñafiel, para la revista FORO revista de derecho No. 5 UASB-Ecuador/CEN – Quito, 2006, con el tema “El contrato de Franquicia en el comercio Internacional”; concluye:

*“La franquicia es una modalidad contractual que, pese a la falta de regulaciones jurídicas, ha logrado un fuerte posicionamiento en la economía mundial, gracias a un novedoso sistema de comercialización que combina elementos de distintos tipos negociales; (...), Es evidente que la atipicidad que caracteriza la franquicia no ha representado un freno para su desarrollo, (...). En la realidad, el efecto directo de tal situación se traduce, con claridad, en la disminución de los espacios de control y de actividad legislativa del Estado en áreas tan estratégicas como el comercio, de ahí que resulta imprescindible contar con regulaciones jurídicas de él emanadas, que, en forma ágil e idónea, establezcan parámetros adecuados dentro de los cuales puedan desenvolverse las actividades empresariales”.*

## **1.5. ASPECTOS TEÓRICOS**

### **1.5.1. UNIDAD 1**

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

##### **1.5.1.1. Análisis histórico del contrato de franquicia**

El contrato de franquicias remonta su origen a la edad media donde apareció como un proceso otorgado a ciertos súbditos por parte de un soberano, considerándose aquello como un privilegio, ya que con ello los beneficiados podían realizar varias actividades en diferentes lugares del reino, entre ellas la caza y la pesca.

En relación con las franquicias, también se destaca el permiso a ciertos propietarios de tierras para cobro de diezmos dada por el catolicismo, generando comisiones por esta actividad (Garupa, 2013), de lo referido se puede verificar que las franquicias derivaron en un proceso basado en la autorización que otorga un ente mayor para replicar las actividades que esta realice en entes más pequeños, entregando así el derecho a la comercialización de un producto específico y brindando información sobre los procesos de producción a sus afiliados, convirtiéndose en responsables directos de la capacitación que se dé al iniciar una franquicia (Apolo, 2022).



Otro punto importante en el cual se destaca el origen de las franquicias es la respuesta a la demanda poblacional ya que varias industrias y empresas privadas buscando cumplir las expectativas de sus consumidores trataron de ingresar en todos los sectores que consideraron prudentes y viables para su crecimiento económico.

Según (Apolo, 2022) varios autores que se han dedicado a la búsqueda de la génesis de las franquicias nombran múltiples empresas estadounidenses, entre las cuales se destacan Singer Company, Coca Cola y General Motors, que con ayuda de un método comercial dieron paso a la creación de nuevos establecimientos en los cuales se prestaba la misma atención y servicio de los productos en venta en lugares diferentes a la matriz primigenia.

Describir la evolución del contrato de franquicias es una tarea que resume el proceso de origen y desarrollo de este, en función a los cuales cabe señalar que en principio se menciona que la palabra franquicia fue mencionada inicialmente en el siglo XVII y se puso en auge en el siglo XVIII con el accionar de varios cerveceros alemanes en busca de oferta y venta de sus productos. Luego de ello en el siglo XIX Singer Company fue la primera empresa en hacer su aparición abriendo franquicias de manera formal, con ello a principios del siglo XX, en Estados Unidos, se refleja un incremento total de estas, debido a la culminación de la guerra civil de aquel entonces (Globofran, 2015).

En el siglo XXI, año 1960, debido al gran incremento de franquicias, se creó la Asociación Internacional de Franquicias, la cual exigía que para 1970 se realice un registro público con el fin de convertir este modelo de negocio en un proceso reconocido a nivel mundial con múltiples beneficios para quienes la adquirían. Actualmente, se puede dar evidencia de que el modelo ha logrado cumplir con su objetivo sumando un aproximado de 883 mil franquicias y más de 3 millones a nivel mundial (Globofran, 2015).

Para abordar adecuadamente el tema de las franquicias hay que tomar en cuenta eventos tales como la primera y segunda revolución industrial y los sucesos posteriores dados en el transcurso de la historia humana, incluyendo la Primera Guerra Mundial donde países como Francia, Alemania, Japón y sobre todo Estados Unidos transformaron su industria local por medio de la factores como la propiedad privada y el libre mercado, generando la creación de grandes centros industriales de producción de masa y líneas de montaje como mecanismos inéditos para crecientes economías mundiales.

Considerando los antecedentes del contrato de franquicia se destaca su auge en el siglo XIX como respuesta a un gran desarrollo evolutivo, económico y comercial de los Estados Unidos, país que siempre demostró un proceso de cambio continuo. Una vez conocido este modelo de negocio, varias fueron las empresas que buscaron adoptarlo y ponerlo en marcha, además de la antes mencionada M. Singer & Co, dedicada a la producción y comercialización de máquinas de coser, se sumaron empresas como Ford en el sector automotriz, Coca Cola Company dedicada a la producción de bebidas y McDonald's como cadena de comida rápida (Kleidermacher, 2001).

Una vez verificados los orígenes de las franquicias, es relevante analizar el entorno de América Latina. En primera instancia, la llegada de una franquicia a estos sectores se dio en México a través de la empresa McDonald's que aparece como la primera empresa en tomar posesión en el mercado latinoamericano a través de la utilización de franquicias.

A partir de ello se puede registrar un gran incremento de empresas que ofertan el mismo modelo de negocio con utilización de franquicias en países como Brasil, Argentina, Venezuela, Chile, Perú, Colombia y Ecuador, para luego extenderse por toda la región, sumando un aproximado de nueve mil marcas según (Moncayo, 2020).

Con base a lo expuesto anteriormente, cabe señalar que Ecuador es uno de los países en los que la apertura de franquicias se ha normalizado desde el año 2000, destacando el auge de las mismas en campo gastronómico y prestación de servicios, por ello urge que desde el Estado nazcan políticas y normativa jurídica que facilite los trámites que conlleva este proceso y que permita su sostenibilidad y desarrollo, ayudando a la economía nacional y mundial (Quintero, 2020).

#### **1.5.1.2. Naturaleza jurídica del contrato de franquicia**

Previo al análisis de la información relacionada al tema es necesario comprender el concepto de precontrato de franquicia, para abordar posteriormente, al contrato y su naturaleza jurídica, siendo igualmente relevante describir la diferencia existente entre un franquiciador y un franquiciado.

En este marco, cabe señalar que el franquiciador es aquella persona que genera y establece un modelo de negocio a partir de un emprendimiento con visión innovadora

cumpliendo un perfil de empresario y adoptando destrezas que le permitan satisfacer sus necesidades y la de sus clientes, seleccionando a personas capaces que entiendan y puedan dar seguimiento al modelo establecido en un principio por el franquiciador.

En tanto el franquiciado es el individuo que opta por invertir en un sistema probado y con gran experiencia en el campo comercial, emprendiendo un negocio con un bajo índice de riesgo, ya que coloca su peculio en una idea demostrada y destacada.

#### - **Precontrato de franquicia**

Previo analizar el contrato de franquicia es imperante conocer sobre el precontrato o contrato de reserva, que es aquel que abarca varias de las operaciones a realizarse previo al proceso de la suscripción del contrato con la finalidad de comprometer de manera directa al interesado de adquirir la franquicia.

Cabe anotar que para establecer el precontrato de franquicia se suele verificar el cumplimiento de la información precontractual, así como el potencial franquiciado.

En el precontrato de franquicia, según (Castañeda, 2010) se debe hacer constar, entre otras, la siguiente información:

- a) Información inherente al franquiciador como: nombres y demás generales de ley, domicilio, y tipo de marca de la cual es propietario;
- b) Documentación de otorgamiento del título de la marca;
- c) Ubicación preestablecida para el establecimiento de franquicia;
- d) Detalle histórico y años de experiencia, organización de la franquicia y el número de establecimientos abiertos en el país; y,
- e) Derechos y obligaciones, temporalidad del contrato, renovación.

#### - **Contrato de franquicia**

Acorde a la legislación ecuatoriana para establecer las características de un contrato de franquicia se debe considerar lo estipulado en el Código Civil denominado; De las obligaciones en general y de los contratos, cuyo Art. 1453 conceptualiza a las obligaciones señalando que nacen del concurso real de la voluntad de dos personas, así mismo indica que la acción mediante la cual un obligado se compromete para con otra en dar, hacer y no hacer cualquier cosa se conoce en Derecho como convención o contrato.

Igualmente, dentro de la gama de normas del contexto legal ecuatoriano, se establece al Código de Comercio como la norma rectora que rige los actos y contratos de comercio, así como las operaciones y obligaciones mercantiles, incluso si dichas acciones no sean realizadas por comerciantes.

El referido Código de Comercio, en su Art. 558, conceptualiza al contrato de franquicia como aquella concesión en la que concurren dos partes denominada franquiciador y franquiciado siendo el primer interviniente el propietario de una unidad económica, razón social, marca registrada que ofrece bienes o servicios y una segunda que en favor de la primera desembolsa una prestación económica para adquirir el conocimiento, propiedad intelectual, secretos comerciales y otros derechos para desarrollarlo en un espacio geográfico.

Dicho contrato plantea cierta relación jurídica que sobrepone la regulación de obligaciones, tomando en consideración previamente la existencia de un precontrato de franquicia que traza una línea de ruta hasta llegar al contrato.

Las franquicias conllevan un proceso legal, basado en la autorización o privilegio otorgado por una empresa exitosa, en el cual se permite realizar una misma tarea en diferentes establecimientos de la localidad o el mundo, brindando servicios análogos en cada establecimiento. Esto con el objetivo de abarcar espacios grandes de comercialización y poder incrementar los ingresos económicos en cada apertura, satisfaciendo las necesidades de los consumidores en varios ámbitos como automotrices, gastronómicos, producción, etc.

El contrato de franquicia aparece como aquel documento legal en el cual se establece el contenido con cláusulas que consideran elementos como la duración, obligaciones económicas, explotación de la marca, condiciones y requisitos del suministro, proveedores autorizados, consecuencias en caso de incumplimiento y cláusulas de rescisión.

De la misma manera que en el precontrato, es esencial establecer varios puntos esenciales dentro del contrato de franquicia que deben ser revisados previo a la firma y adquisición de esta, de entre ellos se tienen los siguientes:

a) Derechos del franquiciador y franquiciado;

- b) Obligaciones del franquiciador y franquiciado; y,
- c) Condiciones de renovación.

- **Tipos de franquicias**

El contrato de franquicia puede ser aplicado en toda clase de actividades económicas o comerciales del hacer humano ya que se adecúa de manera rápida y eficiente, esta acción permite a las actividades comerciales ingresar y buscar nuevos nichos de mercado para explotarlos con la finalidad de obtener mayores beneficios; en tal sentido, se expondrá las modalidades de mayor importancia doctrinal y comercial.

Igualmente es necesario analizar las normas legales que regulan la franquicia, que parten de la conceptualización dada por el legislador; así, en Art. 559 del Código de Comercio señala dos tipologías de contrato de franquicia, definiéndolas como de producción y de servicio, dejando a salvo otras que pueden darse por el tipo de comercialización y explotación.

De acuerdo con la doctrina existe tres maneras de clasificar los tipos de contratos de franquicia siendo estos catalogados según lo cedido por el franquiciador al franquiciado, por el vínculo de los contratantes y por la ubicación de la franquicia.

- **Según lo cedido por el franquiciador al franquiciado**

Se dividen en franquicias de producción y de servicios, o en una tercera que nace de la integración de las citadas, conocida como mixta, aunque también se puede destacar la franquicia industrial y de distribución.

**Franquicia de producción**

En esta franquicia se visualiza gran participación del franquiciador ya que es el encargado de la elaboración del producto que se comercializará. Aquellos encargados de su venta son los franquiciados, quienes puede acceder a compras exclusivas de los productos que requieran según la demanda en su espacio geográfico. Este tipo de contrato exige que el franquiciador lleve un registro de las ventas y mayor control en calidad de su producción (Pino, sdelsol.com, 2020). Con base en lo mencionado por el autor la franquicia de producción igualmente conocida como franquicia integrada es similar a un negocio

mayorista donde el franquiciado adquiere un producto para llevarlo al consumidor final, donde quien fabrica los productos es el franquiciatario.

La principal diferencia con una franquicia de distribución reside en la capacidad de creación o producción que tiene el franquiciador, siendo esta referida capacidad un requisito sin el cual perdería su calidad de franquicia de producción.

### **Franquicia de servicios**

En esta modalidad el franquiciador brinda una fórmula original, específica y caracterizada por prestar un servicio por medio de un método justificado en lo que concierne a su eficacia en el mercado.

Este tipo de franquicias se aplican métodos establecidos por el franquiciador, generándose una réplica del “*know how*” de la empresa, garantizando una buena prestación de servicios, ya que el franquiciado se encarga de la comercialización de dicho servicio (Pino, sdelsol.com, 2020).

Según (Farina, 2012), a través de esta franquicia se otorga un servicio específico como: mantenimiento de vehículos, asesoramiento tributario bursátil o legal, limpieza, y cualquier servicio de toda índole, esto hace que las franquicias se adecuen al tipo de negocio en desarrollo y que muestren características como originalidad y rentabilidad que lo diferencie e identifique de la competencia.

El mismo autor señala que las franquicias de servicios son aquellas que comercian actividades que buscan solventar requerimiento de un público objetivo, estas franquicias son las que han superado una serie de etapas hasta llegar a ser útiles a los consumidores, llegando así a establecer una serie de gestiones e instrucciones precisas para cumplir con las expectativas de su público objetivo dando al franquiciado todo el conocimiento para cumplir el mismo, recordando que el éxito o fracaso del establecimiento se verá reflejado en la acuciosidad de acatar el pie de la letra los manuales en el ofrecimiento, comercialización y cumplimiento de la prestación ofertada.

### **Franquicia mixta**

Consiste en la fusión de dos de las originarias y más comunes franquicias ya anotadas, esto es la de servicio y de producción, que dan origen a la franquicia mixta acogiendo sus atributos y beneficios en la emergente necesidad de tener un modelo de negocio adecuado para un sector con un giro de negocio con características particulares donde se articuló la oferta de un producto con la necesidad de colocarlo en el mercado como un servicio.

Según (Westreicher, 2022) un claro ejemplo de esta franquicia son las cadenas de comida rápida, en las cuales se hace uso del “*know how*” como método principal, ya que la gestión gastronómica procede con recetas que están indicadas por el franquiciador que se encargará de la capacitación precisa para que el producto final sea el adecuado. Desde esa posición las recetas se transmiten a un tercero, que es quien adquiere, en quien recae la obligación de brindar el servicio de calidad al consumidor final; aclarando que, tanto la producción como el servicio, serán iguales a los de sus similares ubicadas en otros sitios.

### **Franquicia industrial**

Esta franquicia se inclina a la venta de productos al por menor y establece una relación colaborativa entre fabricantes. En este caso el franquiciador cede los derechos de producción de la marca y su comercialización. Cabe señalar que el franquiciado cuenta con una zona geográfica definida para la distribución de sus productos (Pino, sdelSol.com, 2020).

El franquiciador cede el “*know how*” de la empresa, la cual se basa en la práctica de conocimientos y métodos que conlleven una utilización efectiva de los procesos indicados por un ente o empresa que cuenta con un método para saber sobrellevar el negocio.

Generalmente las empresas que han utilizado este sistema son aquellas de producción manufacturera, en la que tanto su elaboración como su comercialización, queda a cargo total del franquiciado, quien asume todos los riesgos de la producción, característica que la diferencia de la franquicia de producción.

### **Franquicia de distribución**

Es aquella en la que el franquiciador cede el permiso para vender productos que se ha adquirido previamente. Como su nombre lo indica, es la franquicia que se encarga de la

distribución de los productos elaborados por el franquiciador y adquiridos por el franquiciado (Westreicher, 2022).

En este caso, la franquicia funciona como un medio de intermediación, la cual gira en torno a un producto que será comercializado en el futuro o simplemente distribuido a varios sectores de la zona geográfica que se ha definido en un principio (Westreicher, 2022).

Similar a los comercios minoristas donde es el franquiciado se encarga de la comercialización del bien recayendo en la obligación de entregar los productos que son de creación propia o no del franquiciador, teniendo en cuenta que aquí se fortalece más la relación simbiótica entre las dos partes intervinientes en virtud de que la una sobrevive de la otra y viceversa, caso contrario el negocio existente se vendría abajo.

#### - **Según el vínculo entre franquiciador y franquiciado**

Con el pasar de los años el sistema de franquicia evolucionó dando al franquiciador nuevas visiones sobre cómo y a quién entregar su trabajo, buscando siempre tener las riendas de su negocio bajo los mejores enfoques, inclinado a la balanza a su favor. De ahí surgió la idea de establecer condiciones en el vínculo con sus franquiciados dependiendo de las aspiraciones que tengan, siendo el inicio de la franquicia individual, regional o máster, en función del compromiso y sobre todo de la confianza que haya por medio entre los intervinientes.

#### **Franquicia individual**

Equivale a una franquicia de un solo establecimiento, donde el franquiciador no tiene la intención de permitirle al franquiciado la monopolización de la franquicia planteando la posibilidad que sea establecida para un determinado lugar geográfico, dándole un espacio de tiempo para su explotación conforme las cláusulas del contrato suscrito.

#### **Franquicia regional**

Esta franquicia eleva el rango de establecimientos que pudiera obtener el franquiciado a su favor en un determinado ámbito espacial, que le permite tomar la decisión de obligarse dentro del contrato a la apertura de varios establecimientos de una misma franquicia dentro un espacio geográfico determinado siendo una provincia, un distrito, una



ciudad o una comunidad, sin permitirle la figura de sub franquiciar, sí así constara en el contrato.

### **Franquicia máster**

Este tipo de franquicia surge de la necesidad de expansión internacional que tenían muchas franquicias donde el territorio donde ya venían funcionando y su intención era la expansión a gran escala en otros Estados, así como en otros continentes, dejando que quien adquiriera la franquicia para un determinado país sea quien lleve la representación oficial de la misma en dicho espacio geográfico, teniendo facultades conforme lo determinado en el contrato para sub franquiciar si así lo deseara.

Este tipo de franquicias otorga el derecho a una persona sea esta natural o jurídica para operar con más de un establecimiento además de tener la facultad de sub franquiciar en un área geográfica definida y en un tiempo determinado, dicha área geografía generalmente es un país donde el franquiciado es quien conoce aspectos como la legislación local, el mercado, el gobierno, la cultura siendo aspectos externos pero relevantes para el franquiciador, en base que dicha experticia servirá de base para la prosperidad o fracaso de la franquicia que incursiona en una localidad distinta a donde empezó.

El franquiciado maestro debe tener cualidades como un amplio conocimiento acerca del manejo de la franquicia, de la selección de socios, inversión del negocio, marketing y, sobre todo de la investigación de nuevos mercados, lo que le permitirá a futuro la supervivencia y expansión.

En definitiva, el franquiciado máster es el gestor y responsable del desarrollo de la franquicia en un país determinado y será el delegado para elegir a los sub franquiciados y adaptar el negocio a las particularidades específicas del Estado en que se desarrolla.

#### **- Según su ubicación**

### **Franquicia córner o mini franquicia**

Las actividades en esta franquicia se las realizan en un lugar ya instaurado y que cumple con características similares o acordes al negocio que pondrá el franquiciado; es decir, se encuentra dentro de otro negocio que se relacione de manera directa con el que se instalará (Pino, sdelsol.com, 2020).

Esta franquicia trata de dividir en departamentos el establecimiento comercial, mismas que se denominan islas comerciales conformadas por un espacio llamado mini franquicias de cinco metros cuadrados, destinado como espacio de operación. (Ochoa & Iness, 2016).

Dentro de este tipo de franquicias la regla es la afinidad que se debe buscar con quien sede el espacio que, generalmente, está ubicado en centros comerciales con el objeto de aprovechar cada metro cuadrado de sus instalaciones destinados a dar cabida a diferentes tipos de franquicias que puedan brindar servicios, ofrecer bienes en espacio reducidos.

En este tipo de franquicias es común la venta de artículos de celulares, así como de bebidas, perfumes o incluso de servicios como ventas de paquetes de tv o paquetes de turismo.

### **1.5.1.3. Características del contrato de franquicia**

El contrato de franquicia posee particularidades propias que se detallan a continuación:

#### **- Consensual**

Todo contrato requiere como requisito *sine quo non* el elemento volitivo; es decir, por sí mismo debe contener la característica de consensual en virtud a que, si careciera de la misma, se estaría bajo el presupuesto de un contrato nulo o con un vicio de consentimiento, el Art. 1453 del Código Civil ecuatoriano determina que las obligaciones nacen del concurso real de voluntades de dos o más personas, ya que nadie puede ser forzado a obligarse sin su voluntad acompañada de sus capacidad cognitiva; en el caso del contrato de franquicia, este se perfecciona con el acuerdo y la suscripción de la firma que utilicen en sus actos públicos los obligados.

#### **- Bilateral**

El contrato de franquicia se fundamenta en una obligación compartida y mutua de los suscriptores del contrato siendo bilateral ya que existe obligaciones recíprocas, acogiendo lo declarado en el Art. 1455 del Código Civil ecuatoriano que, inicialmente, señala que el contrato es unilateral cuando la una parte se ve obligada a cumplir cierto acuerdo con la otra, pero la otra no, y bilateral cuando se llega a un acuerdo mutuo.

- **Oneroso**

Según lo expuesto en el Art. 1457 del Código Civil ecuatoriano, el contrato oneroso consiste en la conmutación de actos para dos partes, en las que las acciones realizadas por la primera de forma obligatoria deberán ser receptadas por la segunda y viceversa, todo con un fin lucrativo.

En los contratos de franquicias la persona u organización franquiciada debe asumir los gastos económicos que de ella se deriven y, necesariamente, deberá considerarlos como pasivo dentro del control de finanzas llevado que garanticen el éxito económico del contrato.

- **Conmutativo**

Se entiende por contratos conmutativos aquellos que para una o ambas partes contratantes las ventajas o pérdidas no dependen de ningún acontecimiento incierto previsto en el contrato como parte integrante de él, a decir del Art. 1457 del código civil ecuatoriano cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer, se denomina contrato conmutativo.

En el contrato de franquicia a diferencia de los contratos aleatorios que sujetan los beneficios a un acontecimiento pasado o futuro que puede ser incierto, no pudiera ser en su esencia ya que la franquicia como actividad económica no puede asegurar su efectividad en su totalidad ya que serán varios factores internos y externos los que influyan en su éxito, factores externos como una dictadura militar a los posterior de la firma del contrato, un desastre natural en la localidad donde se asiente la franquicia, o internos donde el franquiciado no acata los manuales puestos en su poder por el franquiciador e influirán en el éxito o fracaso de la franquicia, pero dicha condición incierta no puede formar parte del contrato, ya que el franquiciado cumple con dar su conocimiento y su material para poder generar un establecimiento y en contraprestación por ese trabajo recibir un valor económico, que no puede estar supeditado al éxito fracaso de la franquicia.

- **Principal**

El Art. 1458 del código civil ecuatoriano otorga la cualidad de principal al contrato cuando este subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. El contrato de franquicia aparece como aquel en subsiste por sí solo, sin la necesidad de ser complementado por algún otro, el cual cumple un fin contractual por sí mismo. Según Ignacio Galindo, en la Teoría

general de los contratos un contrato es principal ya que su existencia lo hace aparecer como un acuerdo donde surge y permanece sin necesitar de otro acuerdo y resalta a Kelsen que distingue a este acuerdo como acto creador principalmente dada por la doctrina francesa.

- **Contrato atípico**

Un contrato atípico carece de regulación propia y no está regulado por la ley. Los contratos típicos son aquellos que no tienen su regulación en la ley, que su contenido se encuentra preestablecido con requisitos formales, no así en el contrato de franquicia que tiene por objetivo constituir de manera obligatoria un vínculo del que son parte las personas que suscribirán este contrato, buscando un cumplimiento estricto como si de una ley se tratara, pero nacen del principio de autonomía de la voluntad donde sus cláusulas son construidas en razón de la libertad de contratación ingresando a la vida jurídica sin ajustarse a un tipo preestablecido.

- **De tracto sucesivo**

De ejecución continua y periódica o de tracto sucesivo en virtud que las obligaciones contraídas por los partes en el contrato de franquicia se ejecutaran de manera periódica y continua en el transcurso del tiempo conforme se haya pactado y bajo la temporalidad preestablecida para la explotación del negocio.

El contrato de franquicia se diferencia de los demás contratos ya que no es instantáneo, sino que se realiza de manera progresiva, adaptándose a varias de las necesidades presentadas por los clientes. Este contrato oferta un bien o servicio y mantiene un suministro por un tiempo determinado (Pino, 2019).

En este tipo de contrato las cargas de las partes es de carácter continuo ya que poseen obligaciones de manera periódica mientras el contrato sea vigente. La relación de asistencia y su contraparte será unas relaciones de control que durará durante el tiempo de contrato, a través de la autorización que proporciona el franquiciante al franquiciado (Arce, 2008).

- **Uniforme**

La uniformidad es una característica jurídica del contrato de franquicia, la denominación de uniforme surge por la regulación de varias relaciones jurídicas con diferentes usuarios en este caso los franquiciados, que de una franquicia se regirán por las

mismas condiciones contractuales que permite que se observen pautas de negocio de manera concreta y reiterada, lo cual hace que los diferentes franquiciados deban observar condiciones idénticas establecidas por el franquiciador de manera uniforme.

Las acciones realizadas deben presentar y mantener cierta igualdad al momento de abrir una franquicia, por ende, se establece uniformidad en el control de calidad, inspección de productos y su distribución, inclusive se verifica la parte arquitectónica con la que se pretende cuidar la imagen de la empresa, esto no desprende al franquiciado de la selección de gustos y tendencias para el desarrollo del negocio.

La característica más importante para el crecimiento constante de una franquicia es sobrellevar un perfil arquitectónico que debe ser utilizado de manera uniforme en todos los establecimientos, esto dará realce al manejo de marca e imagen de la empresa franquiciadora.

#### **1.5.1.4. Elementos constitutivos del contrato de franquicia**

##### **- Sujetos del contrato de franquicia**

Según (Gomez & Pérez, 2017), las partes que intervienen en el contrato se llaman franquiciante y franquiciado, donde el franquiciante es una persona natural o jurídica, misma que cuenta con una marca prestigiosa basada en las experiencias lo que permite desarrollar nuevas técnicas y productos; en otras palabras, el franquiciante permite el uso de su marca juntamente con los signos distintivos e instrucciones para el funcionamiento y comercialización.

Respecto del franquiciado cabe señalar que es la persona que asume los posibles riesgos y a la vez obtiene un margen de ganancias mediante el cumplimiento de normas de uso de la marca y su explotación comercial por la que debe cancelar un valor económico.

##### **- Contenidos del contrato de franquicia**

En referencia al contenido del contrato de franquicia (Arce, 2008) señala que este debe contener al menos los siguientes elementos:

- a) Antecedentes y objeto del contrato

En el que constarán generalidades del contrato, la especificación de la marca las referencias interpretativas del contrato, asumiendo su composición en un sistema de franquicia y manifestando en qué consiste la franquicia;

b) Identificación precisa de las partes

En la que se determine claramente los nombres y apellidos de los contratantes y sus calidades de franquiciador y franquiciado;

c) Establecimiento exacto de los derechos de propiedad intelectual del franquiciante, de acuerdo con la legislación nacional e internacional;

d) Declaración exacta de las obligaciones y derechos del franquiciante, entre las cuales pueden constar;

- Asistencia técnica que permita la apertura del negocio franquiciado.
- Entregar al franquiciado el manual de operaciones necesario para el negocio franquiciado.
- Otorgar entrenamiento y capacitación permanente y adecuada al franquiciado y al personal que labore a su cargo.
- Realizar la transferencia de las claves del plan de negocios.
- Entregar al franquiciado toda la información relativa al “*know how*”.
- Cumplir lo estipulado respecto de campañas de publicidad.
- Realizar una adecuada gestión de los derechos de propiedad intelectual. respecto de controversias o litigios por marcas, licencias, etc, con terceros.
- Ceñirse el valor exacto acordado de cobro de los *royalties* u otras retribuciones establecidas.
- Adquirir de manera exclusiva al franquiciador los productos acordados en el contrato.
- Obligaciones y derechos del franquiciado, entre las que constan;
- Cancelación de los montos económicos que el franquiciado debe cancelar por la explotación comercial de una marca.
- Preservar la excelencia de la marca.
- Emplear las técnicas, normas y métodos utilizados por franquiciador.
- Adoptar los diferentes diseños, colores, instalaciones, logotipos y lemas comerciales propios de la marca.
- Permitir al franquiciante la supervisión y control de negocio.
- Informar al franquiciante la gestión y trayectoria del negocio (Arce, 2008).

e) El establecimiento de la prohibición de expansión del negocio, por el franquiciado o de terceros, sin autorización del franquiciador;

f) Plazo de vigencia del contrato y condiciones de renovación;

Es importante estipular el plazo que durará la franquicia lo que permitirá la recuperación de la inversión realizada y a la vez la obtención de ganancias.

En muchos contratos existe un acuerdo entre el franquiciado y franquiciador que prevé la renovación automática de la franquicia, siempre que se estipule un tiempo prudente de anticipación. Otros puntos que tomar en cuenta serán:

g) Causas de rescisión y resolución del contrato;

h) El establecimiento de penalidades por violaciones a lo estipulado;

i) Garantías de cumplimiento otorgadas por el franquiciado; y,

j) Jurisdicción y mecanismos de solución en caso de controversias.

La legislación ecuatoriana, en el Código de Comercio, en el Art. 563 establece que el contrato de franquicia deberá contener elementos básicos como identificación de las parte intervinientes en conjunto con sus generales de ley, la descripción de la calidad que ostentan o concurren así también como contenido, características, duración, renovación causas y efectos de extinción, señalamiento de ubicación geográfica de operación, términos y confidencialidad a más de derechos bienes o servicios que se otorgan.

#### **1.5.1.5. Ventajas y desventajas del sistema de franquicia**

##### **- Ventajas para el franquiciante**

a) El sistema de *franchising* o franquicia permite un crecimiento y expansión rápida y controlada minimizando riesgos a partir de una menor inversión de capital.

El contrato de franquicia representa un beneficio para el franquiciante ya que permite que los productos de su marca tengan una mayor y más eficiente distribución de forma independiente en zonas geográficas a las que tendría dificultad de acceder por medios propios.

Esta es una de las trascendentales ventajas para el franquiciante pues le da la oportunidad de instaurar una cadena de distribución cuando, tal vez, financieramente no está capacitado para hacerlo de manera individual. El ahorro de gastos en infraestructura admite al franquiciante concentrar sus capitales en otros conceptos, tales como indagar nuevos franquiciados, efectuar investigación de productos y mercados, sistemas de venta, publicidad, etc (Cevallos, 2016).

- b) Permite la valorización de los activos o marcas, entendiéndose que esta es el signo de distinción de productos o servicios en el mercado, siendo importante para el franquiciador obtener una ganancia justa producida de la explotación comercial de su marca, posesionada con gran esfuerzo intelectual, laboral y económico.

Con este antecedente, cabe señalar que el contrato de franquicia permite que el propietario de la marca pueda obtener ganancias en función de ella permitiendo que el franquiciado haga una utilización comercial de la referida marca.

Al franquiciarse una cadena o producto es importante tomar en cuenta que el mercado crece y a la vez se adquiere nuevos clientes que requieran la marca con las mismas características aprovechando el mercado (Cevallos, 2016).

La expansión de la unidad económica permite al franquiciador dar al consumidor final una facilidad para adquisición de ese bien o servicio ofertado, tomando una relevancia comercial a diferencia de sus competidores.

- **Desventajas para el franquiciante**

- a) El franquiciante obtiene una rentabilidad unitaria más baja en función a que debe compartir con el franquiciado la utilidad del negocio que, de haberlo implementado de manera directa, la rentabilidad le correspondería en su totalidad.

En esta situación el franquiciante únicamente recibe las regalías acordadas en el contrato; además, se debe considerar que la rentabilidad será inferior con respecto a los diferentes locales en comparación con el que maneja el franquiciante (Cevallos, 2016).

- b) La cesión del derecho del uso de la marca es atinente al sistema de franquicias; ya que, si bien a través del contrato de franquicia no existe afectación al derecho de dominio de la marca sí incide en el derecho de uso de esta, en virtud a que el franquiciado comparte el uso y explotación de la marca en función a los valores que cancela al dueño de la marca por aquello.

En función a lo referido, el franquiciante tendrá siempre un control concluyente sobre la administración de la franquicia, pero no tiene un control total sobre la misma ya que para



establecer ciertas políticas administrativas como aumento o disminución de personal, publicidad, etc., deberá contar obligatoriamente con el franquiciado (Cevallos, 2016).

- **Ventajas para el franquiciado**

- a) Le permite pertenecer a una cadena de comercialización prestigiosa y conocida en el mercado, adecuadamente posesionada entre los consumidores, es por ello que bajo el sistema *franshising* o franquicia comercial las empresas pequeñas o las personas naturales buscan aprovechar a lo máximo los beneficios que ofrece la marca en base a su prestigio y notoriedad.

Al tratarse de una cadena grande o consolidada estable en el mercado y al sumar fuerza juntamente con el franquiciado se potencia las posibilidades de éxito de ambas partes, en función a que, a través de un acuerdo contractual, el franquiciado se integra a la cadena encaminada por el franquiciante eficiente y efectiva que le permite ser competitivo en el mercado.

El franquiciado trata de aprovechar la cadena comercial de la marca con la finalidad de cumplir con las expectativas del consumidor para que adquiera el producto bajo las características y en el lugar establecido (Cevallos, 2016).

- b) El contrato de franquicia permite al franquiciado obtener utilidades sin realizar una inmensa inversión que muchas veces requiere el inicio o consolidación de una marca.

El costo de la adquisición de la franquicia es variable y no siempre suele ser alto, sin embargo, el franquiciado se beneficia con un ahorro basado con el apoyo y dirección del franquiciante que le proporciona los datos necesarios para implementar su establecimiento, de tal forma que permita conocer la estructura a través de los métodos de promoción y ventas disponibles para usar, los recursos económicos a invertir en edificaciones, bienes de equipo personal, etc.

En ciertos casos, inclusive, el franquiciado puede carecer de los medios necesarios que le permitan iniciar la explotación de la franquicia, en tal situación, el franquiciante puede intervenir para ayudarlo a adquirir créditos financieros.

Por otra parte, el franquiciante evita un excesivo gasto en publicidad considerando que tiene el apoyo de la marca que adquirió siendo conocido en el mercado. De este modo se une fuerzas para comercializar el bien o servicio que ofrece la franquicia originando más ingresos para pagar regalías pertinentes que le permita generar rentabilidad y recuperar la inversión (Cevallos, 2016).

- **Desventajas para franquiciado**

- a) En el contrato de franquicia a pesar de formar parte de un giro de negocio establecido, aquello no permite que el franquiciado pueda adquirir el dominio de la marca, debiendo iniciar con la suya propia, con actividades ajenas a la franquicia si así lo deseara.

Cabe recalcar que el franquiciado está sujeto al derecho de usar la marca aprovechando todas las cualidades del producto o servicio, más sin embargo el franquiciado no crea una propia marca a diferencia que un emprendedor que crea su propio negocio y a la vez su propia marca y clientes (Cevallos, 2016).

- b) El franquiciado no tiene la facultad de tomar decisiones a su propio arbitrio respecto de muchas condiciones del negocio, ya que debe ceñirse a las disposiciones contractuales del contrato que el franquiciador establece con los parámetros de funcionamiento del negocio. Deberá aceptar una supervisión y control permanentes del franquiciante.

En función a lo referido el franquiciado se ve limitado en las iniciativas propias que pudiera tener en su gestión comercial. La franquiciante vea limitado su autogestión y administración en desmedro del control y supervisión por parte del franquiciador. Por tanto, el franquiciado está en el derecho y obligación de administrar su negocio con base a directrices emitidas por el franquiciador quien tiene el derecho a mantener controles de calidad relacionadas con el franquiciante, manteniendo los controles contables, higiénicas, comerciales y montos de venta, personal (Cevallos, 2016). Además, el franquiciado se encuentra limitado ante el tiempo establecido para la explotación de la franquicia conforme al contrato, aunque puede ser renovado reiteradamente, hasta salir del sistema de comercialización adquiriendo beneficios hasta la fecha de terminación del contrato efectuado.

- **Ventajas para los consumidores**

- a) El contrato de franquicia permite que los consumidores, cada vez más informados en este mundo globalizado, tengan acceso directo a diferentes productos dentro de sus circunscripciones territoriales propias.

El contrato de franquicia permite la posibilidad de que los consumidores puedan obtener una diversidad de puntos geográficos de productos o servicios que conoce de antemano, y que están previamente posicionado el mercado, con la certeza de que lo que reciba se ajustará a los cánones de calidad esperados (Cevallos, 2016).

Conforme afirma Cevallos los consumidores tienen como principal ventaja la adquisición de bienes y servicios que incluso no se hayan empezado en su país de residencia o lugar de pertenencia, pero bajo este sistema podrán consumir en el suyo bajo las mismas características o condiciones que en la matriz.

El contrato de franquicia permite una sana competencia comercial entre las diferentes cadenas y los productores y comerciantes locales que deben mejorar sus procesos y precios a fin de ser competitivos beneficiándose finalmente, el consumidor.

- **Desventajas para los consumidores**

- a) Es importante señalar que los consumidores eligen comprar y usar productos y servicios conforme sus necesidades y deseos sin embargo estos pueden ser guiados por el marketing empresarial de grandes compañías multinacionales de sistema de franquicia.

Las franquicias por lo general buscan captar la atención de grupos sociales alejándolos de sus raíces culturales. Por ejemplo, las franquicias de manufacturas que atraen a los consumidores con sus atractivos productos donde el consumidor deja de optar por la industria local, no valorando lo suyo y sin tomar factores como calidad, precio e identidad y estima por la producción local, a cambio de productos globalizados.

## **1.5.2. UNIDAD 2**

### **DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

#### **1.5.2.1. Evolución histórica del Derecho de la Competencia**

Previo a ingresar a analizar el tema es necesario establecer una definición de Derecho de la Competencia, pudiendo afirmar que se ubica en el Derecho privado, siendo el conjunto de normas jurídicas que viabilizan la política de competencia, remarcando que la política de competencia es asumida por el Estado, que comprende mecanismos regulatorios de conductas que atenten al interés económico en general y que sirve para preservar y promover mercados competitivos y transparentes, en función del bienestar de los consumidores. En esta línea este Derecho contiene tres categorías fundamentales, los contratos, la responsabilidad civil y la propiedad.

En este sentido corresponde señalar que la competencia es aquella dinámica que surge cuando los operadores económicos actúan en un mercado con un producto o servicio conteniendo entre si con el fin de cubrir los requerimientos de los consumidores.

El primordial beneficio consiste en que los productos o servicios se distribuyen entre los consumidores a un precio justificado. Asimismo, los competidores adquieren el margen de utilidad suficiente para continuar invirtiendo, además otro efecto es que los bienes son producidos al más bajo costo posible, mientras que, al no existir competencia, los productores no tienen motivos para reducir sus costos de producción.

Por otra parte, se debe considerar la incidencia de la innovación tecnológica que permite generar un ambiente competitivo, ya que al no existir competencia no se origina motivos para mejorar el producto. En un ambiente monopolístico, existe un solo proveedor que proporciona el producto en el mercado, o a la vez varias empresas acuerdan en realizar una misma conducta monopolística, en consecuencia, traen repercusiones negativas en el desarrollo económico. (Witker & Varela, 2003)

El productor monopolista puede alterar el precio de su producto en el mercado, ya sea reduciendo la producción, haciendo escaso el producto o, a su vez, reduciendo las ventas aumentando el precio.

El origen del Derecho de la Competencia se desarrolla con base a la ubicación geográfica en la que varios países se encuentran distribuidos, por ello, se menciona tres partes importantes del mundo en las que se detallará la evolución histórica del Derecho de la Competencia, como son: Estados Unidos de Norteamérica, Unión Europea y América Latina y El Caribe.

#### - **Estados Unidos de Norteamérica**

Para explicar el desarrollo del Derecho de la Competencia en Estado Unidos de Norteamérica se fija la investigación en la Edad Media, época en la que tanto gremios y corporaciones perdieron credibilidad para fomentar y dar continuidad al comercio y la producción de bienes.

A juicio de (Miranda & Gutierrez, 2007) la base para la construcción del Derecho de la Competencia se genera a partir de la prohibición de monopolios, destacándolo en el Derecho Romano y en la Carta Magna. Dicho Derecho surge a finales del siglo XIX en Estados Unidos de América por el abuso de los monopolios durante la Edad Media, con un contexto vinculado a una economía proteccionista. De manera más específica, el origen de este Derecho se da en el año 1890 luego de la aprobación del proyecto de Ley contra monopolios “*antitrust*”, presentada por John Sherman senador de este país, la cual se basó en la defensa del comercio contra las limitaciones ilegales y los monopolios.

Una vez aprobada esta Ley, la nombraron Ley Sherman y generó un gran impacto de control económico en la sociedad, lo cual restringió a cualquier empresa la libertad de crecimiento y competición agresiva dentro de un mercado establecido, esta ley considera dos prohibiciones, la primera, restringir acuerdos que limiten la competencia entre varios estados u otras naciones y, la segunda, prohibir una monopolización o intento que afecte el comercio entre estados.

La evolución del Derecho de la Competencia se divide en cinco etapas:

#### **Primera Etapa (1890 – 1914)**

Durante el proceso que tomó la aprobación de la Ley Sherman, aparecen dos profesores que la evaluaron, basándose en criterios emitidos por economistas de la época y la Escuela Austriaca de Economía, quienes coincidieron en que la ley presentaba un

obstáculo en empresas que requerían un nuevo modo de organización industrial. El primero Kovacic y el segundo Shapiro, distinguen a Sherman por haber considerado un castigo penal aquellos contratos que consideran la restricción del comercio y el modo de monopolizarlo.

En un principio, varios analistas expertos en el tema, catalogaron a la Ley Sherman como una ley ineficiente en el control de conductas anticompetitivas, sin embargo en su aplicación durante las dos primeras décadas las cortes no comprendían el objetivo nato de la misma, ya que su falta de claridad conllevó a la no condenación de monopolios, sin embargo el esfuerzo de un juez reconocido de apellido Peckham, aplicó la Ley realizando una interpretación expansiva analizando que dejar que una o varias empresas tengan poder sobre un mercado podría aumentar el precio de productos sin menorar sus ganancias, eliminando de manera directa a los más pequeños del mercado según (Miranda & Gutierrez, 2007).

La Corte Suprema de Justicia, tampoco aplicó la Ley Sherman de manera rigurosa, dejando de lado la prohibición a la monopolización. Esto ocasionó varios desfases dentro del control económico del comercio, pueden mencionarse casos como el de E.C. Knight Co, en la cual la Corte tuvo que soportar varias integraciones que conllevó un control de hasta el 98% en la refinación del azúcar por la empresa Sugar Trust, en 1911 Standard Oil Co, tomó el control del 90% del mercado del combustible, esto produjo varias complicaciones, que obligó a la creación de la Ley Clayton en 1914 y a su vez la creación de la Comisión Federal del Comercio para el control y reducción de la discreción de jueces en la prohibición de la creación de monopolios.

### **Segunda Etapa (1915 – 1936)**

En este periodo, se verifica que el grado de aplicación o no de las normas de libre competencia, dependen del sistema económico que maneja el gobierno de un país. En la etapa anterior, se pudo visualizar varios cambios que se realizaron al ver que no existía la práctica directa de la normativa antitrust, sin embargo, en estos años, al estarse cursando la Primera Guerra Mundial, Herbert Hoover, como secretario y presidente de Comercio, incitó el apoyo de los empresarios y a la conformación de gremios o grupos que los ayude a cooperar con ellos, generando una conexión entre el Gobierno y la Industria.

Un claro ejemplo de lo mencionado es el caso de Appalachian Coals, donde la Corte Suprema de Justicia en el año 1933 permitió la interacción de 137 productores de carbón que

aplicaron prácticas de comercio destructivas bajando el precio de los productos. A medida que pasó el tiempo, las prácticas de las normativas de libre competencia se anularon hasta la recuperación parcial o total de la Industria Nacional y finalmente, en 1936 se expide la ley de Robinson Patman por parte del Congreso, la cual luego de derogar la Ley Clayton, prohíbe la discriminación de reducción de competencia o la conformación de un monopolio, así lo menciona (Miranda & Gutierrez, 2007).

### **Tercera Etapa (1936 – 1972)**

En estos años aún se evidencia la participación política, ya que tiene un impacto importante en la economía industrial de Estados Unidos, y junto a la aplicación del Derecho de la Competencia se inició la construcción de nuevos modelos económicos que aportaron a la reactivación económica del país impulsando una práctica más relevante del antitrust (Miranda & Gutierrez, 2007).

La aplicación del Derecho de la Competencia fue una base para construcción de la regla per se por la Corte Suprema, e indica la prohibición de conductas específicas y los efectos que tienen en el mercado, su aplicación en procesos judiciales reduce la carga probatoria y se enfoca en el castigo otorgado al infractor; vale recalcar que una práctica es prohibida de manera per se cuándo su naturaleza y efectos son evidentemente anticompetitivos y su carga disminuye cuando no existe evidencia sobre ellos.

Se establece un orden cronológico para verificar los acontecimientos más importantes en esta época, es así que en 1950, se expide la Ley Celler Kefauyer, con la cual se estimó un control estricto en las integraciones entre empresas, en 1960 la Corte Suprema hizo uso del análisis estructuralista para la toma de decisiones, diferenciando cuando un mercado está o no concentrado y para finalizar en 1968 se dio a conocer un manual de integraciones en el que se detallaba la aplicación de normas en las empresas, esto escrito por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, según (Miranda & Gutierrez, 2007).

### **Cuarta Etapa (1972 – 1991)**

Esta etapa engloba prácticas directas sobre el Derecho de la Competencia con economistas y abogados bastante reconocidos, por la Escuela de Chicago, explicando los fenómenos que se inclinan a la concentración industrial y las integraciones dadas por las empresas.

En comparación a las otras etapas, esta hizo cumplir varios aspectos que anteriormente no se hacía, entre ellos la sanción aquellos que incumplían las leyes y normativas establecidas en la Ley Sherman y Clayton. Con la formación de nuevos profesionales sobre todo economistas, el análisis que estos realizaban se enfocaba en un beneficio a la sociedad y consumidores, y sin afectar al mercado y empresas grandes o pequeñas, sencillamente se basaron el cumplimiento de lo establecido. Para las sanciones la persona competente debía analizar aspectos como la naturaleza, propósito, consecuencias de la libre competencia y el dominio de mercado con ello se prohibía de algún modo el abuso de tomar una posición dominante en las integraciones y conformaciones de monopolios.

### **Quinta Etapa (desde 1992)**

La evolución del Derecho de la Competencia en esta época hizo conocer la famosa teoría de los juegos que tuvo relevancia en la creación de políticas que asuman una metodología innovadora para el desarrollo legal y productivo de las ciencias económicas, en base a esto la Corte Suprema de Justicia, logró fortalecer más el análisis económico que las integraciones que realizaban las empresas, por otro lado el Derecho de la Competencia se sometió a un proceso que recurría a la implementación de una nueva economía que consistió en la utilización de *softwares*, negocios que implementaron el uso de internet y complementaron todo con un equipo de comunicación en el proceso que permita sobrellevar los servicios ofertados por empresas, así lo indica (Miranda & Gutierrez, 2007).

#### **- Unión Europea**

De acuerdo con (Miranda & Gutierrez, 2007) se desarrolla a partir del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957, y se diferencia de las leyes y normativas norteamericanas debido a que implementa políticas diferentes a las del “antitrust”, dicho tratado aparece como medida de prevención y orden a la economía de los países involucrados. Esta normativa resulta bastante explícita y considera un objetivo el cual se especifica en el Artículo 2 del Tratado mencionado, en el cual hace referencia a que la comunidad será vidente de la suscitación estableciendo un mercado en el que la unión económica fomentada por políticas internas sea fuerte y conlleve un desarrollo sonoro, objetivo y verosímil, que contribuya a un crecimiento competitivo con resultados económicos favorables, que mantengan una cohesión responsable con el cuidado del medio ambiente y la solidaridad entre los miembros de las empresas.



La Unión Europea logró construir un Tratado Constitutivo donde se pudo establecer varias normativas, que fomentan la participación de empresas, rigiéndose a las normas establecidas en uno de los capítulos de dicho Tratado, el cual resalta el cumplimiento sin excepciones de los requisitos y prohíbe conductas anticompetitivas de empresas. De los artículos más importantes dentro de este apartado son relevantes el 81, que estrictamente prohíbe asociación alguna entre empresas ya sea de forma directa o indirecta, repartimiento de fuentes o distribuidores, un control en los precios de compra y venta de productos, y el artículo 82 que se relaciona con la Ley Sherman aplicada para aquellas empresas que tenían una posición dominante y en comparación al 81, no existe castigo por comportamientos no razonables; esto sería analizado para implementarlo en la Ley Ámsterdam, que en un futuro se basaría en las concentraciones empresariales y la modernización de la normativa de la Unión Europea.

#### - **América Latina y El Caribe**

A medida que se desarrolló lo criterios mencionados en los apartados anteriores, América Latina y el Caribe aparecen como aquellas que promueven una libre competencia en el mercado que surge a partir de un acuerdo político jurídico de la zona. Estas normativas tomaron realce en varios países como Argentina en 1919, México en 1934, Colombia y Chile en 1959 y Brasil en 1962, así lo menciona (Miranda & Gutierrez, 2007).

De entre los países descritos, las normativas impuestas en Colombia describían prácticas comerciales restrictivas, que no fueron respetadas en su momento, y obligo a que en este país no se promueva la competencia libre del mercado, debido a la falta de interés por parte del Estado en hacer cumplir las leyes aprobadas por el Congreso en 1959, justificándose en que no se contaba con el personal ni la economía para sobrellevar la situación.

Tomando como ejemplo a Colombia, varios países latinoamericanos empezaron a tomar precauciones sobre lo acontecido implementando leyes que obliguen a cumplir sus normativas, reformando varios criterios que colaboraron a una mejor comprensión de la libre competencia en el mercado, y además implementaron módulos que fueron parte de la ejecución; decisiones como esta, ayudaron a países de Latinoamérica y el Caribe a incrementar su Producto Interno Bruto de forma considerable.

Finalmente (Miranda & Gutierrez, 2007) considera que de entre las políticas de competencia, se tomaron en cuenta tres aspectos que generaron impacto por su solidez y claridad. Primero se captó nuevos competidores que incrementaron su participación dentro del mercado; como segundo punto se busca la protección a la competencia con prácticas que engloben restricción comercial y finalmente priorizan el bienestar de los consumidores.

### **1.5.2.2. Prácticas anticompetitivas (Conductas bilaterales)**

#### **- Acuerdo o carteles entre competidores (horizontales)**

Se conocen como acuerdos horizontales e incluyen todos los arreglos o acuerdos encubiertos alcanzados entre varios agentes económicos en competencia con el objetivo de fijarse o limitarse entre sí. Los ejemplos incluyen precios, cantidades de producción, condiciones de compra y venta, ofertas económicas realizadas en subastas, licitaciones o concursos, segmentación del mercado por territorio, volumen de ventas u otros criterios, etc. Para efecto de la presente investigación se han recogido las conductas más perjudiciales para la competencia en los mercados.

#### **a. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.**

Cuando un producto ingresa a un mercado su precio al consumidor será el resultado de factores como costos de producción, transporte, utilidad para para la compañía entre otros, estas mismas cualidades darán esencialmente una variación de una compañía a otra en cuanto al resultado en la fijación del precio que no será igual o similar para un producto en común en dos empresas diferentes. Solo pudieran ocurrir esta concomitancia si dos o más actores económicos se han coludido para fijar precios en sus productos o a su vez si no tienen precios similares se han relacionado para poner precios de referencia donde siguen siendo beneficiarios los agentes de dicha integración dejando de lado los intereses de los consumidores ya que a la postre dicha relación puede no solo repercutir en el precio de sus productos si no también en la calidad de los mismo.

Así también la fijación se puede realizar de manera indirecta con rebajas o descuentos a los productos. Por lo general las legislaciones consideran que dichas prácticas son contrarias a la competencia lo cual contribuye a la autoridad administrativa de control a demostrar el daño causado.

**b. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o distribuidores.**

Los espacios geográficos como ciudades, cantones, provincias, el mercado o los clientes se reparten en busca de que las empresas no compitan si no satisfagan sus necesidades comerciales con el grupo otorgado dentro del acuerdo con otras empresas lo que genera rentas monopólicas mediante el control de precios y el empoderamiento de una clientela, provocando que se pierdan las cualidades del servicio al cliente reiterando que como existe un acuerdo el empresario no le interesa mantener satisfecho a su consumidor.

**c. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a un tercero el acceso a los mercados o los canales de comercialización. Obstrucción.**

Esta conducta también puede conocerse como boicot ya que dos o más operadores económicos con afán de seguir manejando el mercado y sin la intención de competir se niegan a negociar o interrelacionarse con otra que este ingresando al mismo giro de negocio, aislándola de toda actividad económica relacionada al sector, el fin de esta obstrucción es eliminar actores que puedan ingresar con mentalidad de competir dentro del sector empresarial al que se pertenezca.

**d. Venta atada o condicionada, injustificadamente.**

La venta atada radica en la práctica por la cual se somete la compra de un producto o servicio denominado vinculante a la condición de comprar un segundo llamado vinculado su efecto en el consumidor consiste que obliga al consumidor o al comprador a obtener un producto deseado con otro que no quería afectando su peculio, maximizando el producto sin justa causa. En doctrina podemos mencionar dos términos como (*tying*) venta atada, así como (*budling*) empaquetamiento o venta conjunta que son consideradas prácticas abusivas y perjudiciales para la competencia. En la legislación ecuatoriana esta práctica se encuentra en el Art. 9 numeral 8 de la Ley orgánica de control del poder del mercado y Art. 11 numeral 12 de su respectivo reglamento en vacío en estas normativas radica en que menciona ser una práctica sancionable mas no la conceptualiza lo que deja un vacío en la norma que puede afectar al espíritu de esta por una ambigüedad en su interpretación.

La práctica de venta atada encierra la adquisición de un producto vinculante y uno vinculado que, en ciertas ocasiones, al ser adquirido en paquete crea eficiencia al usarlo, así mismo puede ocurrir que dicha venta acarree la obligación de que el consumidor, a pesar de no querer el producto vinculado, termine consumiéndolo y pagando más.

Para determinar una venta atada se debe recurrir a pruebas y criterios de valoración sobre la separabilidad de los productos desarrollado en legislaciones del mundo y usado por sus autoridades administrativas o judiciales. Entre estos tenemos, Test de prácticas de mercado, Test de las justificaciones empresariales, Test de demanda diferenciada.

- **Acuerdos en la misma cadena de valor (verticales)**

Los denominados acuerdos verticales se refieren a la práctica deshonesta mediante la cual un agente económico en posición de dominio dentro de un determinado giro de negocio se colude con diversos eslabones de la misma actividad comercial para los fines indicados, utilizando acuerdos de exclusividad, la imposición de condiciones, ventas condicionadas, etc.

**a. Cláusulas de exclusividad cuyo objeto o efecto sea el de excluir o dificultar la entrada a otros participantes en el mercado.**

Las cláusulas de exclusividad han tomado más relevancia en el derecho contractual, desde ese punto este tipo de cláusulas son obligaciones accesorias dentro de los contratos que las pactan. La naturaleza de estas cláusulas es restrictiva en virtud que imponen una limitación contractual de la parte o de las partes que firman.

Limitar o restringir la libertad empresarial a través de cláusulas será el objetivo; la limitación puede darse en exclusividad de productos, en exclusividad de territorios o el conjunto de las anteriores. Este tipo de cláusulas son lícitas o permitidas siempre y cuando atiendan ciertos límites que pueden ser temporales y espaciales que generen eficiencias económicas.

- **La prohibición de los actos o conductas constitutivas de abuso de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado (Conductas unilaterales)**

En primera instancia, se conceptualiza en que consiste el abuso de adquisición y de posición dominante en el mercado.

Acorde a lo enunciado conforme el Art. 7, del Capítulo II del Régimen de Regulación y Control, contenida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Sección 2, manifiesta un criterio fundamentado acerca del poder del mercado, y lo ratifica como la capacidad de un operador económico para influir en un mercado de forma relevante, la cual se obtiene de forma individual o colectiva para establecer lineamientos que conlleven un bienestar mancomunado de competidores, consumidores, proveedores, entre otros (Mera, 2011).

Obtener y conservar el poder de un mercado requiere una gran capacidad, vinculada a estrategias que mantengan el control sobre varios detalles que rigen dentro del mismo, siendo el más trascendental el factor económico, debido a que su objetivo es trasladar dicho poder para empoderar a las unidades económicas, dominando a sus competidores, consumidores y clientes.

#### **1.5.2.3. Abuso de adquisición**

Es la conducta originada por un operador económico que busca concentrar varios aspectos comerciales con fines económicos, influye en una amenaza directa aquellos que buscan ingresar en mercados establecidos, ya que, al concentrarlos en un solo lugar, no existiría la diversificación de economía, promoviendo la creación de uno o varios monopolios que afecten la participación de sus competidores.

#### **1.5.2.4. Abuso de posición dominante o de explotación en el mercado**

Es el comportamiento de un agente que ostenta una posición dominante de tal naturaleza que le permite influenciar la estructura del mercado y que tiene el efecto de obstaculizar el mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o el crecimiento de esa competencia, a través de métodos diferentes a aquellos que gobiernan una competencia normal en productos o servicios en base a las transacciones de los operadores comerciales. (Almonte, 2020).

Para saber si un operador económico tiene o no poder de mercado, los criterios a considerarse se basan en el Art. 8 del Capítulo II del Régimen de Regulación y Control:

- Restringir el abastecimiento de productos de comercialización a proveedores, sin un control que detenga dicho proceso y excluir agentes económicos del mismo.
- Alteración de barreras de entrada y salida por parte de otros competidores.

- Resaltar la capacidad de ejercer poder de mercado por parte de competidores.
- Estudiar y evaluar, el comportamiento realizado por empresas y competidores.
- Distinguir la oferta y demanda de bienes o servicios prestados por las empresas.
- Evaluar la sustitución de bienes y servicios, fortaleciendo tecnologías en base a la demanda de consumidores.

Según el Art. 9, del Capítulo II del Régimen de Regulación y Control, contenida en la Ley Orgánica de regulación y control del poder de Mercado menciona que el abuso del mismo, constituye la prohibición de la restricción a competidores externos en la competencia directa de la comercialización de productos, ya sean similares o diferentes, afectando de forma directa su crecimiento económico y el bienestar de las empresas ya conformadas.

De entre las conductas que implican un abuso de mercado, se plantean aquellas que han tenido un mayor impacto en la economía de las empresas:

**a. Conductas cuyo objeto o efecto disminuya los precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar a uno a varios competidores, o prevenir la entrada o expansión de estos (Precios predatorios).**

Esta es una conducta muy perjudicial para los mercados ocurriendo que un actor económico compite por medio de precios muy bajos aun perjudicando sus propios intereses generando pérdidas con el único fin de perjudicar a un competidor, por su puesto cuando ya se consigue el objetivo dichas perdidas se recuperan con el incremento de los precios de los productos una vez debilitada su competencia. Dicha práctica es conocida como práctica exclusoria. Dentro de las conductas de abuso de posición dominante en el mercado podemos clasificarlos en tres categorías, exclusorios, explotativos y mixtos.

**b. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.**

Esta conducta al igual que la anterior tiene como fin excluir a un competidor del mercado, la situación que aquí se configura consiste en solicitar a los vendedores o suministradores de un producto o servicio que no provean a los competidores directos de su comprador o viceversa que los vendedores incitan a sus compradores a que no adquieran productos de la competencia dicha imposición surge de la posición dominante en el mercado.

La motivación fundamental suele surgir de la amenaza de dejar de romper los lazos comerciales.

### **1.5.3. UNIDAD 3**

#### **CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA**

##### **1.5.3.1. Las cláusulas de no competencia**

Previo a ingresar a tratar el tema central acabe analizar lo relativo al alcance jurídico de una cláusula.

Generalmente las palabras de idioma castellano provienen del latín, siendo así la denominación cláusula no es la excepción puesto que esta palabra proviene del latín "*clausula*" que significa fin, termino, conclusión. En el lenguaje jurídico se emplea como una disposición de un contrato que conlleva inmersa derechos y/o obligaciones de las partes que intervienen dentro de ese acto jurídico denominado contrato.

Una vez conceptualizado qué es una cláusula cabe analizar la denominada "cláusula de no competencia" siendo esta una disposición contractual.

La "cláusula de no competencia" tiene por objeto imposibilitar que la información o conocimientos obtenidos o desarrollados durante o como efecto de la contratación se utilicen para proporcionar o favorecer a la competencia o convertirse por sí mismo en otro competidor.

Esta cláusula puede ser accesoria en los contratos, pese a lo anotado, la cláusula debe necesariamente reunir ciertas peculiaridades; tales como la limitación en el tiempo, espacio y objeto caso contrario, puede ser declarada abusiva o, a su vez nula.

Cuando dentro de un contrato existe una cláusula de no competencia es necesario realizar un análisis de está utilizando el principio de proporcionalidad para determinar con mayor exactitud si es viable admitir dicha cláusula que a postre se trasmutara en una intervención a la libertad de trabajo como una cláusula de no competencia post-contractual. Cabe aclarar que no siempre se debe pensar en el principio como un medio para resolver conflictos o colisiones de derechos.

Por tanto, el principio de proporcionalidad, pretende ser una medida para evaluar cualquier limitación que se quiera imponer a un derecho fundamental. A tales efectos, este principio se divide en tres subprincipios, a saber: (i) el principio de razonabilidad o adecuación, (ii) el principio de necesidad y (iii) el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Estos tres subprincipios se aplican secuencialmente y escalonados de tal manera que el subprincipio de necesidad solo debe aplicarse en la medida en que se excedan los requisitos del subprincipio de idoneidad, de la misma manera que debe aplicarse el principio subyacente de proporcionalidad. estrictamente hasta que se haya superado el principio subyacente de necesidad (Sierra, 2014).

#### **1.5.3.2. Cláusula de no competencia y el contrato de franquicia**

En el contrato de franquicia es habitual su inserción debido a la necesidad de proteger el “*know how*”; la restricción de la competencia en el contexto del contrato de puede darse de dos formas:

La primera se identifica durante la relación contractual en la que el franquiciador le otorga el derecho al franquiciado sobre el uso de la marca; la segunda se denota posterior de la terminación del contrato.

##### **- Contractual**

Impide el desarrollo de actividades que compitan con la franquicia durante el desarrollo del contrato.

Cuando se adquiere una franquicia, el franquiciado tiene prohibido realizar actividades similares al giro de negocio. Esto ya que, si el franquiciador administra la franquicia y por otro lado administra un negocio similar pero autónomo, genera un claro conflicto de interés, donde la prohibición se justifica porque promueve la competencia leal entre empresas y busca mantener los intereses de la franquicia.

Resulta poco lógico que una persona adquiera una franquicia y al mismo tiempo apertura un negocio propio con similar giro de negocio, sin embargo en la práctica puede ocurrir que el franquiciado denote y reconozca el éxito de la franquicia pero no le agrada la idea de entregar regalías a su franquiciador, es entonces donde se puede pensar en apertura un negocio similar con los conocimientos ya adquiridos donde su representación legal puede



estar en un tercero lo cual entraría al campo de una competencia desleal, perjudicándola en sus intereses económicos así como también en su capacidad de crecimiento y su exclusividad ya que los conocimientos de los productos o servicios ofertados estarían ya no solo en un negocio franquiciado sino que el consumidor también podría encontrar ya sea una manufactura, un servicio de lavado de ropa, u otra actividad en un establecimiento con condiciones de calidad parecidos a precios diferentes a los de la franquicia pero no serán seguros los resultados de garantía a largo plazo.

Si ocurría dicha actividad en una franquicia donde sus franquiciados empiezan a crear marcas independientes a costa de los conocimientos de la marca franquiciada tendrían un serio problema de sobrevivencia a largo plazo, sería análogo a un cáncer que se expande por todo el cuerpo llegando a un tiempo a convertirse en un enfermo terminal, en la franquicia sus franquiciados lograrían absorber la matriz llevándola a la quiebra.

#### - **Post-Contractual**

Impide que el franquiciado después de que finalice el contrato de franquicia se involucre en una actividad económica que entraría en conflicto con la actividad del franquiciador de la cual formo parte y conoce su funcionamiento, así como sus cualidades ventajas y desventajas, el mercado, proveedores, insumos, tecnología y los aspectos que hayan formado parte del negocio del cual era socio en calidad de franquiciado.

En este segundo caso, en los contratos de franquicia, se negocia una cláusula de "prohibición de competencia" que establece un período determinado (normalmente de tres a diez años) durante el cual se obliga al ex franquiciado a no involucrarse en el mismo sector empresarial. Esto debido a que puede optar por cumplir el tiempo acordado para la explotación de la franquicia o inclusive puede venderla antes u optar por rescindir el contrato para tener una marca propia, el conflicto nace cuando lo desea hacer con conocimientos adquiridos en manuales de la marca franquiciada.

Comúnmente, esta práctica es un tipo de restricción a la competencia, pero la justificación se basa en la necesidad de proteger el saber hacer, que es necesario que se transfiera del franquiciador al franquiciado.

Aunque esto no implica que las circunstancias que rodean la firma del contrato de franquicia deben analizarse con detenimiento y en base a la normativa de la legislación local, así como de la normativa pertinente al continente donde se firme el contrato. La cláusula puede tornarse abusiva si dicha cláusula se impusiera al franquiciado sin darle la oportunidad de negociarla. Además, se tendría que evaluar si el modelo de franquicia es realmente un modelo exitoso, mismo que cuenta con un “*know how*” creado a partir de su propia experiencia. De ser así, sería importante evaluar si el franquiciado recibió los métodos de manera eficiente para poder replicar el modelo de negocio en su localidad.

Sin esta limitación, un contrato de franquicia puede ser una forma legal de obtener conocimiento comercial experto y de alta calidad y así poder realizar actividades comerciales destinadas en perjuicio de la red de franquiciados.

Finalmente, cuando esta limitación se acuerde entre las partes para lograr determinados fines legítimos, podrá ser válida entre las partes esto en función del principio de autonomía de la voluntad.

### **1.5.3.3. Límites de la cláusula de no competencia en los contratos de franquicia.**

La restricción de no competencia no puede ser incondicional, debe estar sujeta a límites para así surtir efectos de validez:

#### **- Límite temporal**

Debe distinguirse entre una cláusula de no competencia durante la vigencia del contrato y una cláusula post-contractual. No hay límite de tiempo en la cláusula primera (no competencia contractual), siempre que no exceda de la duración del contrato de franquicia correspondiente. Sin embargo, la vigencia de la cláusula de no competencia post-contractual se estipula conforme la negociación de los años pactados que inician una vez celebrado el contrato o posterior a la finalización del tiempo acordado para uso de la marca.

#### **- Límite territorial**

La cláusula podrá prohibir la competencia en un lugar geográfico donde se desarrolle la actividad durante la vigencia y posterior a la finalización del contrato. Además de proteger el “saber hacer”, esta restricción también cuida la clientela conseguida por la marca en el sitio donde opera el franquiciado. Posterior de la expiración del contrato de franquicia, la

cláusula de no competencia debe limitarse al lugar donde se desarrolló la franquicia. Resulta un poco complejo determinar esta limitación debido a que puede entenderse que el sitio puede ser solo donde opero la franquicia como un cantón, una provincia o un país ya que la franquicia tiene presencia nacional o internacional.

- **Límite personal**

Las obligaciones derivadas del contrato obligan únicamente a las partes que lo firmaron. Por tanto, puede considerarse desproporcionada la inclusión tanto del propio franquiciado como de sus parientes, directa o indirectamente, de la realización de actividades que puedan estar comprendidas en el ámbito de la franquicia. Debe limitarse a las medidas estrictamente necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial o intelectual transferidos al franquiciado sin impedir la entrada en el mercado de otros competidores (Peña, 2018).

**1.5.3.4. Normativa ecuatoriana relativa a cláusula de no competencia y el contrato de franquicia**

En secciones anteriores se ha descrito que es un contrato y que es el contrato de franquicia, su contenido, así como la naturaleza y sus elementos para posterior estudiar que es el Derecho de la competencia, así como las principales conductas anticompetitivas y de abuso de poder del mercado que pueden surgir de la relación entre franquiciante y franquiciado. En la tercera unidad se explicó que es una cláusula, así como que es una cláusula de no competencia. En esta sección atañe estudiar dichas cláusulas desde la óptica del conglomerado de leyes de un Estado para efectos de la investigación conforme su delimitación se ubica en Ecuador.

El Ecuador desde el año 2008 viene atravesando una serie de cambios y reformas no solo en el ámbito institucional, que van ligado no solo a lo normativo, sino que va más allá, incidiendo en todas las esferas que sostienen a un Estado, reflejada en la actual Constitución de la República del Ecuador que en su contenido tiene un preámbulo donde se expresa los motivos así como las aspiraciones del pueblo ecuatoriano para la creación de este texto constitucional, una parte dogmática y otra orgánica, siendo la primera la compuesta por todos los derechos que otorga la Constitución, en tanto que la dogmática contiene la estructura del estado ecuatoriano.

En este sentido el Art. 283 del texto constitucional refiere que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios (Constitución, 2008). Este enunciado es relevante para entender cómo observa el estado ecuatoriano el sistema económico que se va a desarrollar en el país, así mismo rescata cuatro formas o tipos de economías siendo la economía privada aquella que busca la participación de privados en actividades que no estén controladas por el Estado, ingresando todos los actos entre privado incluyendo al contrato de franquicia.

Con similar relevancia en lo atinente a intercambios económicos y comercio justo la carta fundamental refiere en el Art. 304 numeral 6 que la política comercial tendrá como objetivo evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados en concordancia con el Art. 335 que explica que el Estado regulará, vigilará e intervendrá, cuando se requiera, en los intercambios y transacciones económicas; además de instituir mecanismos de sanción con la finalidad de impedir práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición dominante en el mercado u otras prácticas de competencia desleal.

Con la nueva norma fundamental vigente desde año 2008 el Ecuador pasa de ser un estado de derecho a un estado constitucional de derechos posicionando en orden de prelación a las normas constitucionales por encima de las normas legales. De igual forma dicha Constitución clasifica las leyes en orgánicas y ordinarias, bajo este precepto corresponde traer a colación la ley orgánica de regulación y control del poder del mercado cuyo objeto es advertir, rectificar, modificar y excluir el exceso de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que desempeñen una actividad económica con dominio en el mercado. Así como la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas, de dominio de mercado y prácticas desleales, fomentando el comercio justo, el bienestar de los consumidores y usuarios para el establecimiento de una economía social. El ámbito de

aplicación somete a todas las actividades generadas por operadores económicos en el territorio del estado ecuatoriano.

En resumen, tanto la norma constitucional como la norma legal conjugan ciertas características que conllevan a la eficiencia económica enfocándose en un tinte social donde el ser humano debe predominar, así mismo las políticas económicas que deben regir al país propenden el intercambio justo de bienes y en mercados transparentes así como impulsar el consumo social, lo cual no es ajeno para el sistema de entendiéndose como un conjunto de elementos que se relacionan tales como el saber hacer, la propiedad intelectual, los signos distintivos, que a más de tener un interés pecuniario también persiguen intereses sociales compatibles con la eficiencia económica que se busca en el país.

Ahora bien, como siguiente norma a involucrarse correspondería a la norma ordinaria. Así pues, remitiéndonos al conjunto ordenado, unitario y sistematizado de derecho privado conocido como Código Civil en su Art. 1461 nos ilustra con el siguiente contenido; para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

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

Al igual el Art. 1561 del citado Código señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Dicho de otra forma, celebrado un contrato las partes deben cumplir a cabalidad los términos consensuados. Ibidem, Art. 1562 refiere que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. Se puede entender la buena fe como los preceptos éticos que se llevan al plano jurídico en este caso a los contratos.

Las cláusulas *Non Compete* o de no competencia se entiende como aquella que obliga a una persona con otra sea esta natural o jurídica a no competir en un mercado explícito. Dentro de la esfera del derecho civil esta cláusula se configura como una obligación de no hacer. Esta obligación se alinea como negativa, al igual que la obligación de no dar donde

el deudor debe inhibirse de no entregar una cosa, pese a esta particularidad la diferencia entre estas recae en que en la primera el deudor se obliga a no ejecutar una actividad por tenerlo prohibido.

La indemnización de daños y perjuicios constituye un efecto de la obligación de no hacer, así como también la solicitud del acreedor de que el deudor deshaga lo indebidamente hecho.

El Art. 1571 del Código previamente citado se adhiere a la doctrina y menciona que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos. El acreedor quedará de todos modos indemne.

La relación entre el contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia está ligada a la interpretación de los contratos, consistiendo en la capacidad de aclarar el significado y alcance de las cláusulas contractuales, disolviendo la oscuridad o la ambigüedad que puedan tener anclado al Art. 1576 los contratantes se deben a la intención de lo estipulado en sinergia con la ley de la materia, así como a literalidad de las palabras caso contrario según el Art. 1579 se interpretará conforme la naturaleza del contrato. El Art. 1580 menciona que las cláusulas de un contrato se deben interpretar como mejor favorezca al contrato. Art. 1581, cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

Si los anteriores métodos de interpretación no son suficientes el Art. 1582 reduce la interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

Cuando se estudia las cláusulas *non compete* nos encontramos con la legalidad contractual que en el campo del principio de la autonomía de la voluntad de los privados tiene como restricción la celebración de contratos donde sus características formales o materiales vayan en contraposición de la ley o la constitución así entonces nacen las limitaciones contractuales caso contrario de no existir estar, dichas cláusulas se considerarían carentes de generar efectos así también declaradas inexistentes e ineficaces, se infiere según la doctrina que estas pueden ser dadas en razón de la temporalidad, territorialidad, así como el límite personal.

En cuanto al límite personal de las cláusulas de no competencia se pudiera resguardar en el Art. 1466 que promulga que siempre que uno de los contratantes se compromete a que, por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación; y si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa.

Sucede en la práctica de los contratos de franquicia que se encuentran cláusulas *non compete* que obligan a no revelar ni divulgar de ninguna forma técnicas, métodos, recetas, formularios, políticas laborales, información de proveedores, manejo de equipos necesarios para la operación de una tienda comprometiendo y responsabilizando a los franquiciados que familiares de cualquier grado de consanguinidad o afinidad respeten lo pactado en cuanto a la divulgación de los secretos empresariales a su vez a la iniciación de un negocio similar giro de negocio al de la franquicia, conforme la normativa legal citada dicha cláusula se puede considerar no solo abusiva en función que va encaminada a tener una posición de ventaja sobre su franquiciado si no carente de generar efectos en los terceros dejando a salvo la posibilidad de que el franquiciante repita contra los franquiciados.

#### **1.5.3.5. Determinar si las cláusulas de no competencia atentan al derecho de competencia en el contrato de franquicia**

Se puede afirmar que eminentemente existe una relación entre el Derecho de la competencia y el contrato de franquicia, fundamentando este criterio debido a la naturaleza del contrato, así como los derechos y obligaciones que forman parte.

Crear una franquicia no es un proceso sencillo lleva años de esfuerzo económico, paciencia, esfuerzo intelectual, asesoría entre otros factores. El franquiciante dentro de la dinámica de franquiciar tiene que contar con la suficiente habilidad para transmitir el saber hacer, así como los demás elementos de su propiedad conseguidos por la experticia para entregárselo a sus franquiciados sin que esto implique que favorezca a sus competidores o posibles competidores, bajo esta lógica se debe contar con herramientas necesarias que atenúen el riesgo las cuales formaran parte del instrumento llamado contrato y en sus cláusulas.

En doctrina se sostiene que no ve un atentado a la competencia si se establece una cláusula por la cual el franquiciante prohíba al franquiciado abrir establecimientos de similar naturaleza posterior a finalizar la relación contractual con la franquicia eso si teniendo claro que se debe establecer un tiempo prudencial para su apertura.

Otra consideración que se debe tomar en cuenta consiste cuando el franquiciado desea vender el negocio a una tercera persona sin permiso del franquiciante lo que se busca con esta prohibición es no permitir que personas ajenas a los contratantes se favorezcan del saber hacer de la franquicia. Si estuviera expresamente prohibido este tipo de cláusulas en la normativa legal sería una forma de coartar el crecimiento del sistema de franquicia.

Hay que aclarar que este tipo de cláusulas no solo benefician al franquiciante si no su cobertura también se extiende para aquellos franquiciados que formen parte de dicha empresa, en función que se les garantiza que la contraprestación económica que ofrecen, así como los esfuerzos mancomunados que hacen en cuotas de publicidad para hacer crecer la marca se vean reflejados en su exclusividad tanto en calidad del producto como del servicio.

Una franquicia en su esencia no es exclusivamente un signo distintivo que se otorga en contraprestación de recibir un valor por ese signo, sino que va más allá siendo su parte medular los conocimientos, su experticia, su habilidad que no se detecta por los franquiciados ni los consumidores.

Finalmente, las cláusulas de no competencia no se encuentran legisladas en la ley de la materia haciendo así difícil su análisis en el contrato de franquicia sin embargo de aquello



la doctrina, así como la jurisprudencia internacional especialmente la europea toman como punto favorable la inserción de este tipo de cláusulas en este de contrato específicamente, empero dentro de su correcta redacción será el límite que debe reflejarse por la necesidad, la razonabilidad y la proporcionalidad. Lo que sí se puede afirmarse que para determinar que un contrato de franquicia contiene cláusulas contrarias al derecho de la competencia se tendrá que examinar caso por caso.

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo de investigación**

Por las características que la presente investigación conlleva el tipo de la investigación es el siguiente.

**Básica.** – La investigación tiene como finalidad la obtención y recopilación de información, cuyo objetivo es aumentar el conocimiento sobre el problema que se va a investigar.

**Documental bibliográfico.** – En el presente trabajo investigativo se recopiló y se realizó un análisis de la información sobre un objeto de estudio a partir de fuentes bibliográficas como son, tesis, artículos científicos, trabajos investigativos y libros relacionados con el tema a investigarse.

**Descriptiva.** – En base a los resultados de la investigación documental-bibliográfica se pudo describir y analizar el contrato de franquicia y sus cláusulas, a la luz del Derecho de la Competencia, en función a un análisis legal y doctrinario, establecer si incurren en prácticas anticompetitiva.

#### **3.2. Diseño de investigación**

Con base al enfoque de la presente investigación y los objetivos que la misma conlleva, el tipo de investigación fue de tipo, básica, documental bibliográfico y descriptiva, de tal manera el problema jurídico a investigarse será no experimental ya el mismo será estudiado y observado tal como se da en su contexto, razón por la cual no se ha construido ninguna situación, pero si se sujeta a conclusiones.

#### **3.3. Técnicas de recolección de datos.**

Para la recolección de la información relacionada con la presente investigación se ha seleccionado como técnicas e instrumentos de investigación a las siguientes:

## Técnicas

**Encuesta:** Mediante esta técnica se recolectó datos e información aplicada para propietarios de establecimiento comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo, sobre su contrato de franquicia y sus cláusulas, a la luz del Derecho de la Competencia, y en función a un análisis legal y doctrinario, establecer si las cláusulas contractuales configuran prácticas anticompetitivas.

- **Instrumento**

El instrumento que se empleo fue el cuestionario.

- **Técnicas de Análisis e interpretación de la información**

Se utilizó técnicas matemáticas, informáticas y lógicas, técnicas estadísticas y descriptivas, con instrumentos de cuadros y gráficos estadísticos.

### 3.4. Población y muestra

#### Población

El universo de la población objeto del presente trabajo de investigación está dirigida a propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo, quienes tienen conocimiento acerca de la problemática descrita; y se detalla en el siguiente cuadro estadístico.

*Tabla 1: Estrato Social*

<b>POBLACIÓN</b>	<b>MUESTRA</b>	<b>INSTRUMENTO</b>
Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo	15	Encuesta
<b>TOTAL</b>	15	

*Fuente:* Población involucrada en el trabajo investigativo.

*Elaborado por:* Alex Berrones.

#### Muestra

Para efectos de la recolección de la información no se emplea ninguna fórmula estadística, en vista que la población a ser investigada es minúscula.

### 3.5. Hipótesis

Las cláusulas de no competencia atentan al derecho de la competencia en los contratos de franquicia.

### 3.6. Métodos

En el desarrollo de la presente investigación se utilizaron los siguientes métodos científicos:

- a) **Método histórico-lógico:** Con este método se llegó a valorar la evolución del Derecho de la competencia en la historia, así como dentro de la legislación ecuatoriana.
- b) **Método jurídico-doctrinal:** Este método permitió analizar las posiciones legales sobre el tema objeto de investigación para arribar a conclusiones científicamente válidas., que servirán posteriormente para llegar a una conclusión concreta y una determinación acerca de la cláusula de no competencia en los contratos de franquicia.
- c) **Método jurídico-analítico:** A través de este método se analizaron las normas jurídicas relacionadas con el tema objeto de estudio para facilitar la comprensión del sistema de franquicia, así como del derecho de la competencia dentro de la normativa legal ecuatoriana.
- d) **Método inductivo:** Se utilizó este método por cuanto se identificarán algunos de los casos en los cuales se podrá valorar un número muestra de contratos de franquicia de manera particular a una manera general para construir nuevos conocimientos relacionadas con el tema de investigación y llegar a una conclusión si la hipótesis planteada es verdadera o falsa.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Dentro del presente capítulo de la investigación se exponen los resultados y discusión de las encuestas que fueron aplicadas a la población objeto de estudio

#### 4.1. Resultados

**Encuesta dirigida a:** Personas naturales y jurídicas que se encuentren en calidad de franquiciados, ubicados geográficamente en la ciudad de Riobamba.

#### PREGUNTA N°1

**¿Considera usted a la franquicia como el medio adecuado para emprender?**

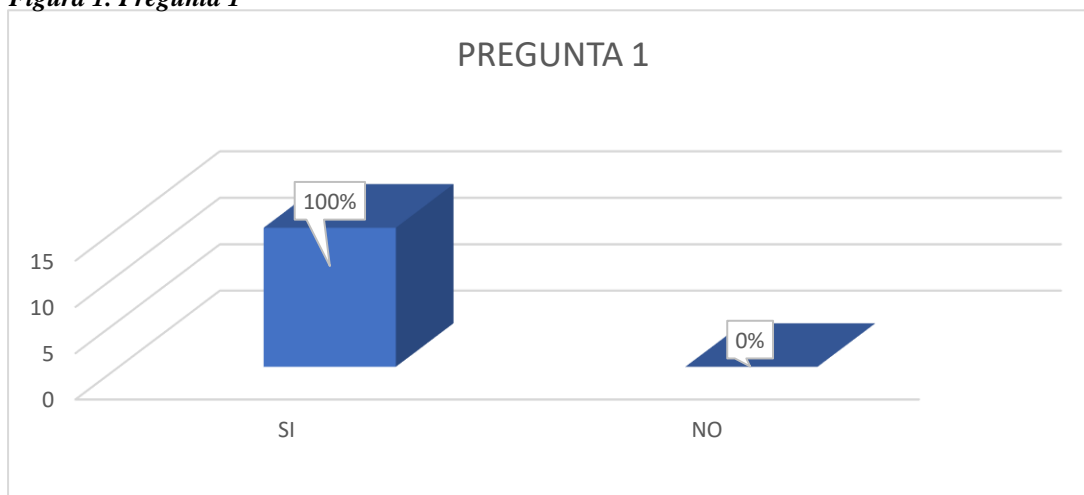
**Tabla 2. Pregunta 1**

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	15	100%
NO	0	0%
TOTAL	15	100%

*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara.

**Figura 1. Pregunta 1**



*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara.

#### **Interpretación:**

En su totalidad, los propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias consideran que estas, son el medio adecuado para emprender, lo cual constata que el 100% de los propietarios recomendarían este tipo de negocios o estarían de acuerdo con adquirir otro similar, reflejando, sus respuestas que están teniendo éxito en sus negocios pese a la difícil situación económica del país.

## PREGUNTA N°2

¿Considera usted que las franquicias buscan el bienestar de sus franquiciados?

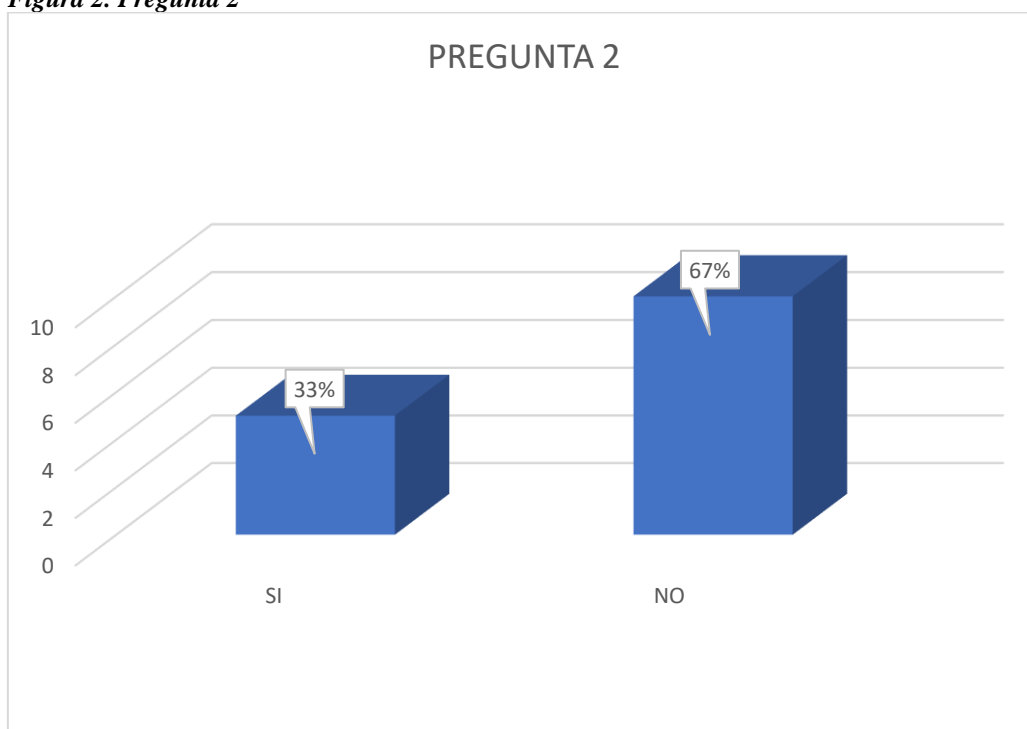
**Tabla 3. Pregunta 2**

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SÍ	5	33%
NO	10	67%
TOTAL	15	100%

**Fuente:** Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

**Elaborado por:** Alex Patricio Berrones Guevara.

**Figura 2. Pregunta 2**



**Fuente:** Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

**Elaborado por:** Alex Patricio Berrones Guevara.

### Interpretación:

El 33% de los propietarios consideran que las franquicias, buscan el bienestar de sus clientes directos o franquiciados; sin embargo, de forma clara se verifica que 10 de cada 15 franquiciados, consideran que no, dando un total del 67% de los propietarios de estos establecimientos, lo cual refleja que no existe un criterio favorable hacia los franquiciantes, lo cual, sin duda, crea un ambiente contractual inadecuado.

### PREGUNTA N°3

**¿Considera usted que las franquicias imponen barreras normativas que limitan la participación de los operadores económicos?**

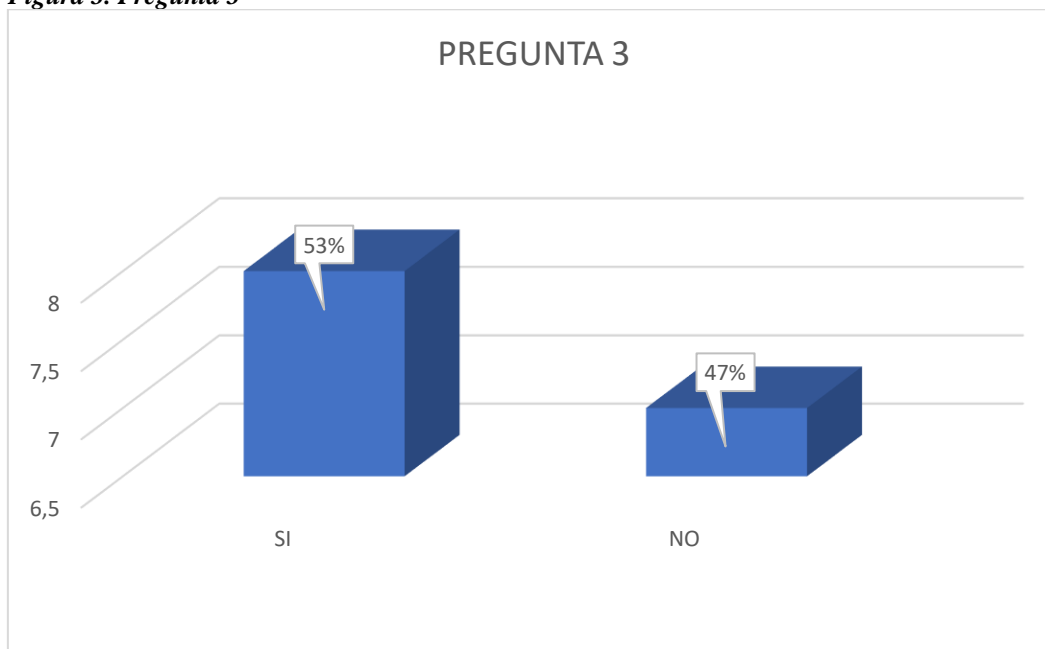
**Tabla 4. Pregunta 3**

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	8	53%
NO	7	47%
TOTAL	15	100%

*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara.

**Figura 3. Pregunta 3**



*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

#### **Interpretación:**

En la mayoría de los franquiciados, se observa que 8 de cada 15 propietarios, han sido videntes de una baja participación de los operadores económicos, lo cual refleja que las franquicias imponen barreras normativas que limitan dicha participación; sin embargo, los 7 propietarios restantes no se han visto limitados, por lo que se puede asumir que las normativas dependerán mucho de cada franquicia.

## PREGUNTA N°4

¿Considera usted que las franquicias distorsionan la competencia?

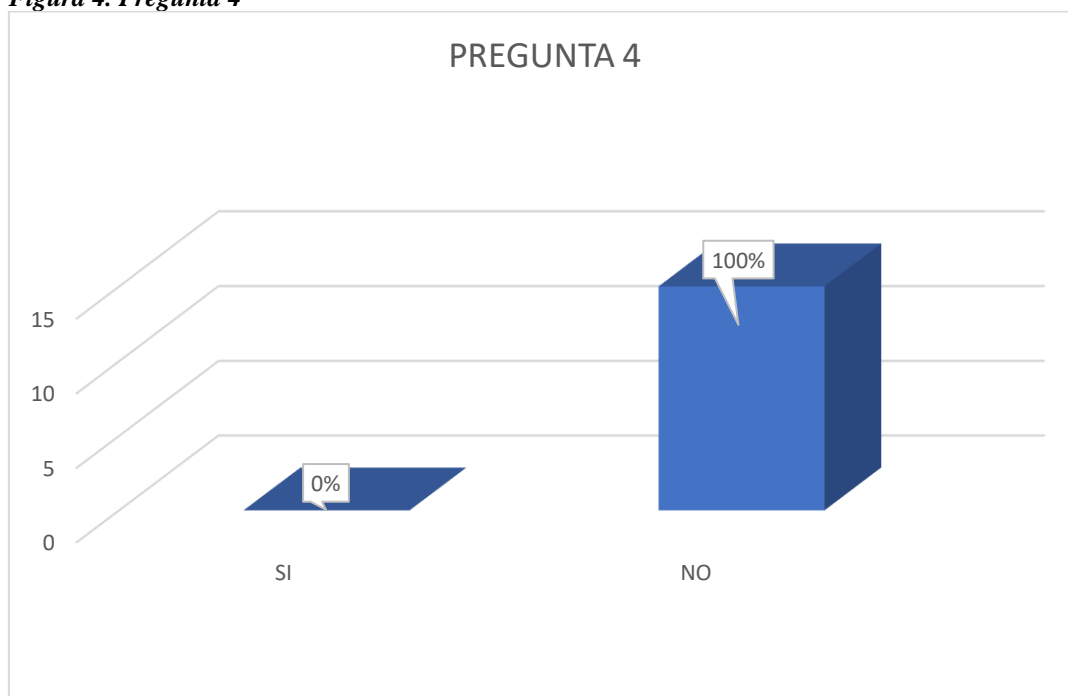
**Tabla 5. Pregunta 4**

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	15	100%
TOTAL	15	100%

**Fuente:** Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

**Elaborado por:** Alex Patricio Berrones Guevara

**Figura 4. Pregunta 4**



**Fuente:** Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

**Elaborado por:** Alex Patricio Berrones Guevara

### Interpretación:

El 100% de los propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicia no se han visto afectados por la distorsión de competencia en el ingreso de franquicias, lo cual se debe a varias de las normas implementadas en el proceso de adquisición de estas.



## PREGUNTA N°5

¿Considera usted que las franquicias realizan una concentración económica?

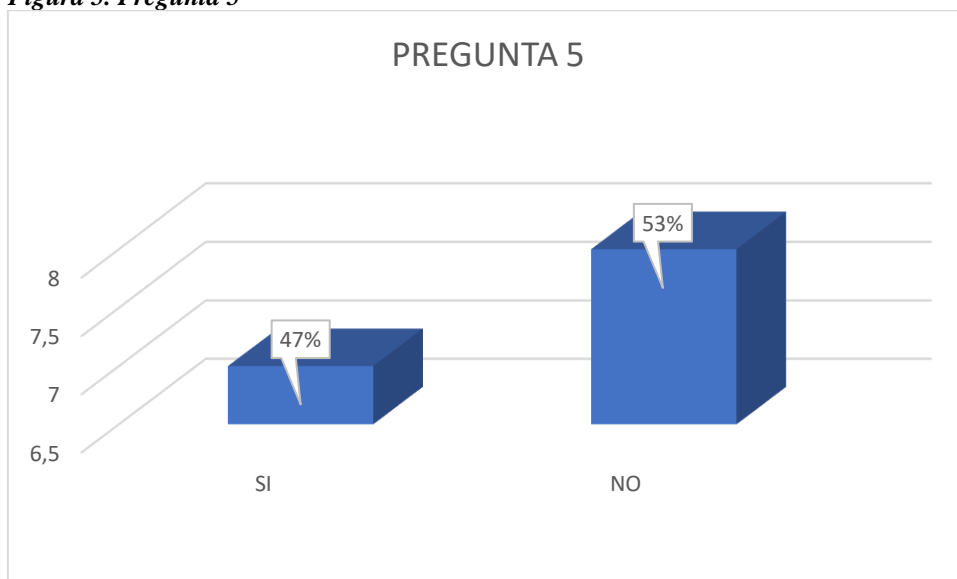
**Tabla 6. Pregunta 5**

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	7	47%
NO	8	53%
TOTAL	15	100%

*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

**Figura 5. Pregunta 5**



*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

### Interpretación:

De los 15 encuestados, 8 consideran que las franquicias no realizan una concentración económica, lo cual se pone en discusión ya que 7 de cada 15 franquiciados, tienen un criterio diferente.

## PREGUNTA N°6

**¿Considera usted que la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer directa o indirecta una actividad comercial similar al giro de negocio de la franquicia atenta contra el derecho de competencia?**

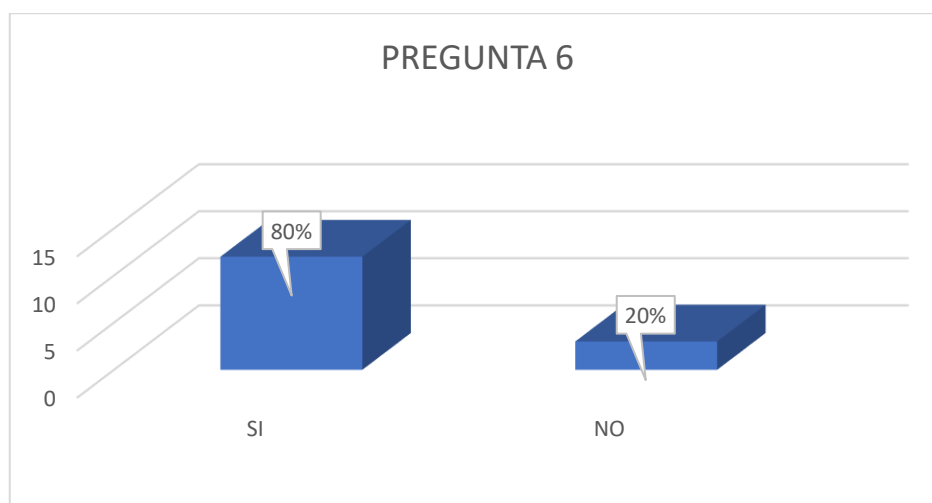
*Tabla 7. Pregunta 6*

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	80%
NO	3	20%
TOTAL	15	100%

*Fuente: Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.*

*Elaborado por: Alex Patricio Berrones Guevara*

*Figura 6. Pregunta 6*



*Fuente: Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.*

*Elaborado por: Alex Patricio Berrones Guevara*

### **Interpretación:**

El 80% de los franquiciados, se han visto obligados a no sobrellevar actividades similares a las que se realizan en las franquicias debido a las reglas y normativas explicadas en la adquisición de una de ellas, lo cual impide su derecho de competencia en caso de que lo quisieran.

## PREGUNTA N°7

**¿Considera usted que la obligación que prohíba al franquiciado vender, revender, fabricar o adquirir bienes o servicio que compitan con la franquicia es una cláusula que atenta contra el derecho de competencia?**

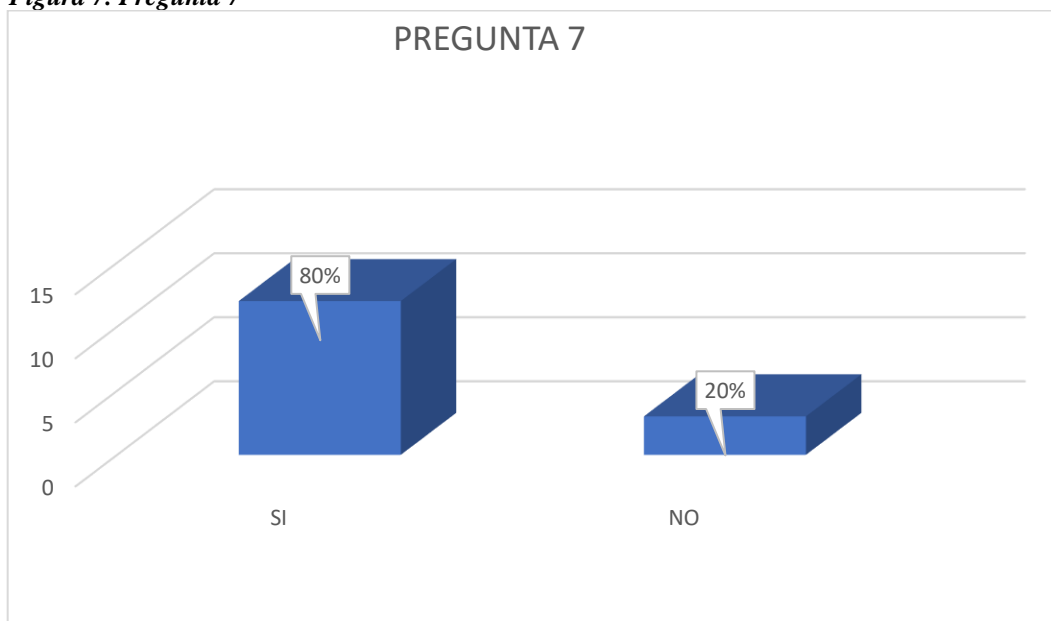
**Tabla 8. Pregunta 7**

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	80%
NO	3	20%
TOTAL	15	100%

**Fuente:** Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

**Elaborado por:** Alex Patricio Berrones Guevara

**Figura 7. Pregunta 7**



**Fuente:** Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

**Elaborado por:** Alex Patricio Berrones Guevara

### **Interpretación:**

El 80% de los encuestados considera que esta normativa impuesta en muchas de las franquicias, atenta contra el derecho de competencia, mientras que el 20% considera que no es así.

## PREGUNTA N°8

**¿Considera usted que las franquicias controlan concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios?**

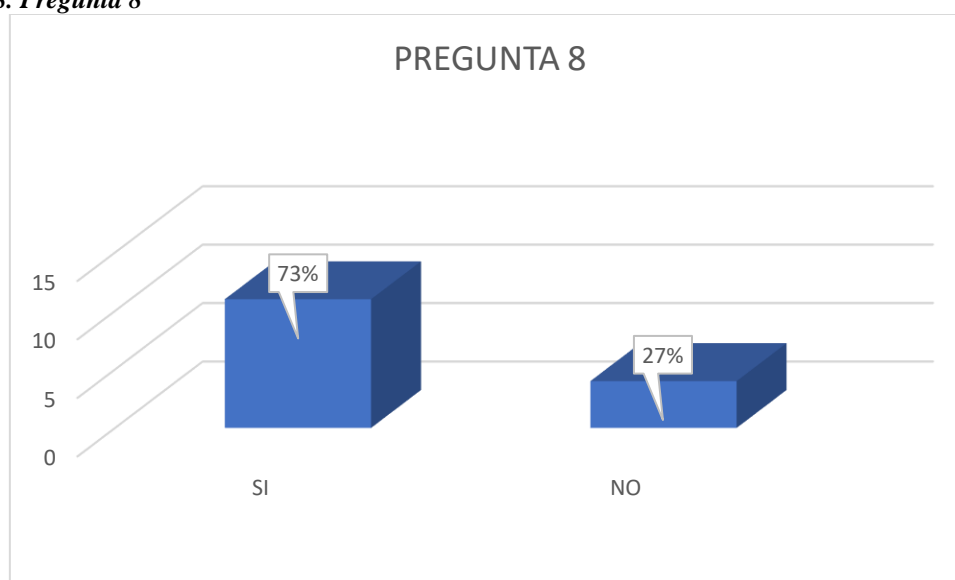
*Tabla 9. Pregunta 8*

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	11	73%
NO	4	27%
TOTAL	15	100%

*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

*Figura 8. Pregunta 8*



*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

### **Interpretación:**

El 73% de los encuestados consideran que las franquicias controlan concertadamente la distribución de bienes y servicios, lo cual representa su prosperidad y generación de recursos económicos altamente rentables.

## PREGUNTA N°9

**¿Considera usted que alguna cláusula del contrato de franquicia reparte de manera concertada clientes o proveedores?**

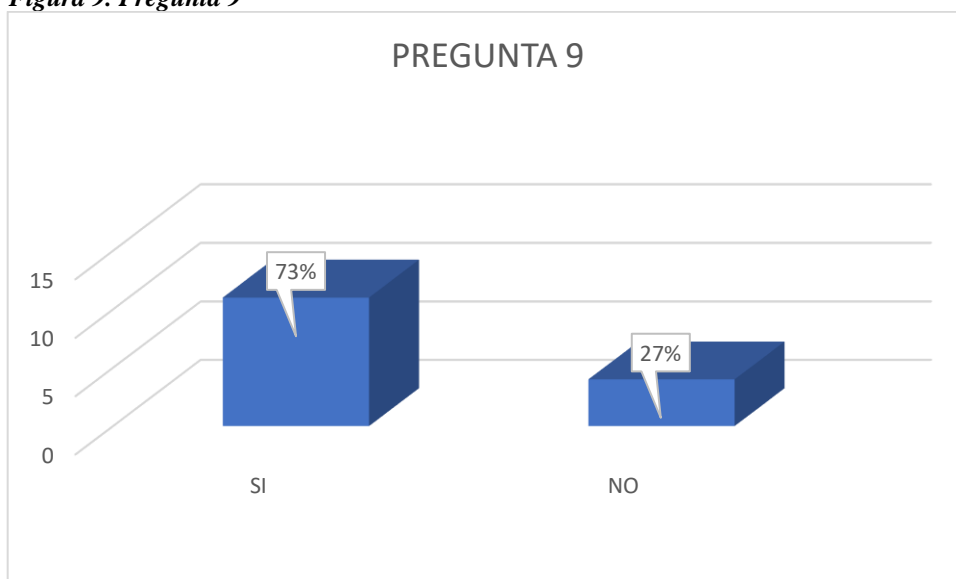
*Tabla 10. Pregunta 9*

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	11	73%
NO	4	27%
TOTAL	15	100%

*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

*Figura 9. Pregunta 9*



*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

### **Interpretación:**

De los encuestados 11 de cada 15 propietarios de estos establecimientos, consideran que se reparte de manera concertada clientes o proveedores en el sistema de franquicias, mientras que los 4 restantes no.

## PREGUNTA N°10

**¿Conoce usted las atribuciones de la Superintendencia del Poder del control del mercado?**

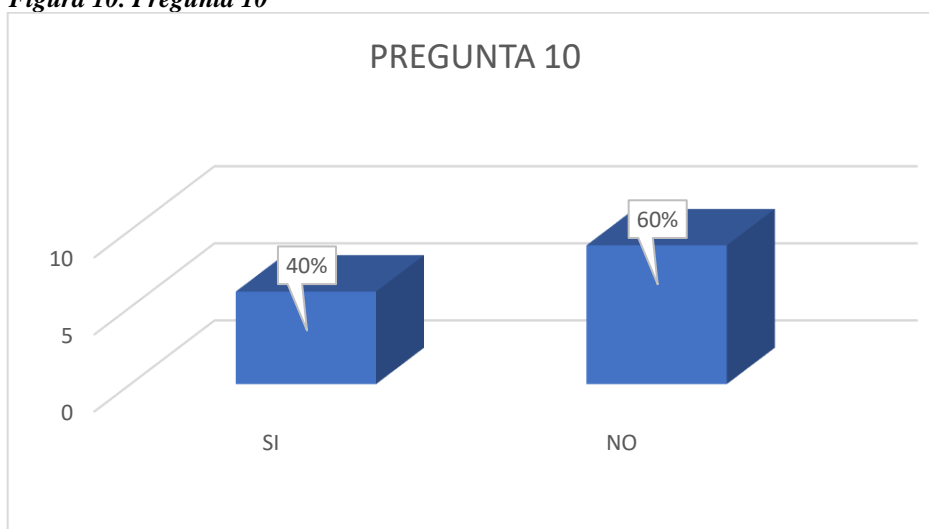
*Tabla 11. Pregunta 10*

RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	40%
NO	9	60%
TOTAL	15	100%

*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

*Figura 10. Pregunta 10*



*Fuente:* Propietarios de establecimientos comerciales tipo franquicias situadas en el cantón Riobamba provincia de Chimborazo.

*Elaborado por:* Alex Patricio Berrones Guevara

### **Interpretación:**

En la mayoría de los casos, los franquiciados desconocen las atribuciones de la Superintendencia del Poder del control del mercado, lo cual puede suponer un problema, esta mayoría está representada por el 60% de los encuestados.

## **4.2. Discusión de resultados**

Con las encuestas realizadas se determina que dentro de la ciudad de Riobamba existe un agrado por el sistema de franquicia considerando que es un medio adecuado para emprender, así mismo los franquiciados consideran que los dueños de franquicias buscan siempre tener una ventaja sobre los franquiciados imponiendo por completo su voluntad, no permitiendo un aporte de ideas que contribuyan al sistema por parte de sus franquiciados.

Además, entienden que, mediante el contrato de franquicia, asumen derechos, pero muchas más obligaciones como cumplir con las políticas de proveedores y precios, adquiriendo todos los productos necesarios para el desarrollo de la franquicia por parte del franquiciante, así mismo quedando supeditado a cumplir con el uso correcto de la marca sobrellevando los lineamientos de los manuales de operación.

Con la investigación realizada se llegó a concluir que no existe un abuso de derecho o sobre un bien tutelado en los contratos de franquicia al momento de incluir una cláusula de confidencialidad y competencia leal, además que el derecho económico y más allá el derecho de los mercados, busca proteger a los consumidores de los actores económicos que busquen restringir el libre juego de la oferta y la demanda.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 5.1. Conclusiones

- En virtud de lo estudiado se determina que la franquicia es un sistema de comercio, pudiendo ser de servicio, producción o mixta, perfeccionada en un contrato denominado en la legislación ecuatoriana contrato de *franchising* o franquicia, que consiste en un convenio consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, atípico, de tracto sucesivo, uniforme, donde confluyen dos partes, un franquiciador que concede derechos y entrega obligaciones dando su marca registrada y el saber hacer a un franquiciado a cambio de una regalía.
  
- Lo anterior lleva a deducir que dicho contrato en su contenido se estructurara en cláusulas que establecerá los antecedentes de la marca, el objeto del contrato, identificación, así como los derechos y obligaciones de las partes, causas de rescisión, penalidades, así como el domicilio en caso de posibles controversias; igualmente, se puede establecer una cláusula denominada confidencialidad y competencia leal, cuyo contenido obliga a los franquiciados a no divulgar ni revelar en ninguna forma los procedimientos técnicos, recetas, gastos, materia prima, sistema administrativo, manejo y operación de equipos además de manuales que sean propiedad del franquiciante, al mismo tiempo de comprometer a respetar las normas de competencia leal, no pudiendo explotar ni participar en cualquier negocio similar al que efectúa la franquicia por el lapso de un tiempo y en un espacio geográfico inclusive comprometiéndolo a familiares de consanguinidad o afinidad.
  
- Finalmente, el conjunto de normas jurídicas que comprende mecanismos regulatorios de conductas que atenden al interés económico en general y que sirve para preservar y promover mercados competitivos y transparentes, en función del bienestar de los consumidores, denominado derecho de la competencia, constituye un medio para salvaguardar los intereses de los franquiciados en contra de las cláusulas de no competencia que si bien son importantes y no podemos negar que su inclusión responde a factores propios de este tipo de contrato y del sistema de franquicia se tendrán que limitar en su temporalidad así como también a su ubicación geográfica y a un límite personal.



## 5.2. Recomendaciones

- Claramente, es necesario el establecimiento de la cláusula de confidencialidad y competencia leal dentro del contrato de franquicia ya que si no se contara con dicha herramienta se pondría en riesgo la propiedad intelectual, así como la existencia misma de un operador económico.
- Se sugiere que dicha cláusula se sujete a la normativa constitucional que para Ecuador se establece dentro de la Constitución del 2008, así como legal en la Ley Orgánica de control de poder del mercado aunado al Código Civil, partiendo que cláusula *non compete* se configura como una obligación de no hacer.
- Es importante que los franquiciantes pero con especial atención los franquiciados presten vital importancia en el límite personal de las cláusulas de no competencia que se pudiera adecuar al Art. 1466 del Código Civil, que promulga que siempre que uno de los contratantes se compromete a que, por una tercera persona, de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, esta tercera persona no contraerá obligación alguna, sino en virtud de su ratificación y, si ella no ratifica, el otro contratante tendrá acción de perjuicios contra el que hizo la promesa, generando dificultades por esta firma a los franquiciados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Almonte, M. (14 de Febrero de 2020). *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina*. Obtenido de <https://lalibrecompetencia.com/2020/02/14/el-abuso-de-posicion-dominante/>
- Apolo, B. (2022). Análisis crítico del contrato de franquicia en la legislación ecuatoriana, especial referencia a la responsabilidad del franquiciado. *RECIMUNDO*, 461. Obtenido de : <https://recimundo.com/index.php/es/article/view/1641>
- Arce, J. (2008). *“El contrato de franquicia,”* . México: Themis.
- Castañeda, R. (2010). *noticias.juridicas.com*. Obtenido de [https://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rd201-2010.html#a3](https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd201-2010.html#a3)
- Cevallos, V. (2016). *“Manual de Derecho Mercantil”* . Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Constitución. (2008). Constitución de la República del Ecuador .
- Farina, J. (2012). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Areas: Astrea. Obtenido de Astrea: [https://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Contratos\\_Comerciales\\_Modernos.pdf](https://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Contratos_Comerciales_Modernos.pdf)
- Garupa. (26 de Abril de 2013). *ClubEnsayos*. Recuperado el 20 de 12 de 2022, de <https://www.clubensayos.com/usuario/garupa.html>
- Globofran. (12 de Agosto de 2015). *Globofran*. Obtenido de <https://globofran.com/la-franquicia-un-poco-de-historia>
- Gomez, D., & Pérez, D. (2017). *NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE FRANQUICIA DESDE SUS ELEMENTOS ESENCIALES, NORMATIVIDAD APLICABLE Y CARACTERÍSTICAS*. Obtenido de [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/1342/1/iue\\_rep\\_pre\\_der\\_g%C3%B3mez\\_2016\\_naturaleza\\_jur%C3%ADdica\\_art.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://bibliotecadigital.iue.edu.co/bitstream/20.500.12717/1342/1/iue_rep_pre_der_g%C3%B3mez_2016_naturaleza_jur%C3%ADdica_art.pdf)
- Kleidermacher, J. (2001). *Aspectos Económicos y Jurídicos*. . Argentina: Abeledo Perrot.
- Miranda, & Gutierrez. (2007). Historia del derecho de Competencia. *Revista Boliviana de Derecho*, 54. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539903013.pdf>
- Moncayo, H. (2020). *franquiciaecuador.com*. Obtenido de <https://franquiciaecuador.com/las-franquicias-en-america-latina/>
- Ochoa, L., & Iness, E. (2016). *Las franquicias como alternativa de inversión*., Medellín: Instituto Universitario Ceipa.
- Peña, S. (2018). *Cláusula de No competencia en el Contrato Franquicia*. Obtenido de <https://penaochoagranados.com/franquicias/clausula-no-competencia-contrato-franquicia/>
- Pino. (2019). *Del Sol Software*. Obtenido de <https://www.sdelsol.com/blog/pymes/contrato-de-tracto-sucesivo/>
- Pino. (2020). *sdelsol.com*. Obtenido de <https://www.sdelsol.com/blog/tendencias/franquicias/>

- Quintero, D. (2020). *Criterios Digital*. Obtenido de <https://criteriosdigital.com/empresa/rdesola/el-sector-de-franquicias-en-ecuador/#:~:text=El%20sector%20de%20franquicias%20se,en%20los%20%C3%BAltimos%20dos%20a%C3%B1os>.
- Sierra, A. (2014). *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo\**. Obtenido de [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122014000200004](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000200004)
- Westreicher, G. (2022). *Economipedia* . Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/tipos-de-franquicia.html>

## LEGISLACIÓN

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador [Registro Oficial 449]. Última modificación 25 de enero 2021.
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2019). Código de Comercio [Ley, Registro Oficial Suplemento No. de publicación 497]. Última modificación 10 de diciembre de 2020.
- H. Congreso Nacional. (2005). Código Civil. [Codificación, Registro oficial Suplemento No. de publicación 46]. Última modificación 14 de marzo 2022.
- Presidencia de la República. (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [Ley, Registro Oficial Suplemento No. de publicación 555]. Última modificación 17 de agosto del 2022.
- Presidencia de la República. (2012). Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado. [Decreto ejecutivo, Registro Oficial No. de publicación 697]. Última modificación 01 de diciembre de 2020.

## Anexos

### Anexo N°1



#### UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS CARRERA DE DERECHO

*Encuesta aplicada para los jueces de la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Riobamba, provincia de Chimborazo.*

**Indicaciones:** *Por favor conteste cada pregunta con la mayor veracidad.*

**Objetivo:** *Recabar información que permita determinar la importancia de la correcta valoración de los medios probatorios en el sistema civil ecuatoriano.*

#### CUESTIONARIO

##### Preguntas:

1.- ¿Considera usted a la franquicia como el medio adecuado para emprender?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

2.- ¿Considera usted que las franquicias buscan el bienestar de sus franquiciados?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

3.- ¿Considera usted que las franquicias imponen barreras normativas que limitan la participación de los operadores económicos?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

4.- ¿Considera usted que las franquicias distorsionan la competencia?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

5.- ¿Considera usted que las franquicias realizan una concentración económica?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

6.- ¿Considera usted que la imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer directa o indirecta una actividad comercial similar atenta contra el derecho de competencia?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

7.- ¿Considera usted que la obligación que prohíba al franquiciado vender, revender, fabricar o adquirir bienes o servicio que compitan con la franquicia es una cláusula que atenta contra el derecho de competencia?

SÍ ( ) NO ( )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

8.- ¿Considera usted que las franquicias controlan concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes y servicios?

SÍ (    )    NO    (    )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

9.- ¿Considera usted que alguna cláusula del contrato de franquicia reparte de manera concertada clientes o proveedores?

SÍ (    )    NO    (    )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....

10.- ¿Conoce usted las atribuciones de la Superintendencia del Poder del control del mercado?

SÍ (    )    NO    (    )

¿Por qué?

.....  
.....  
.....