

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

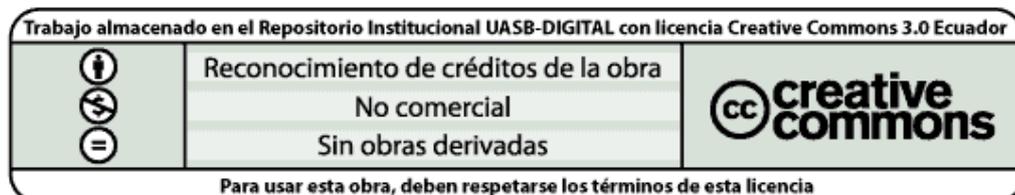
**Área de Derecho**

Programa de Maestría Profesional en Derecho de la Empresa

**Cláusulas de no competencia en contratos de franquicia y  
pautas para su evaluación en el Ecuador**

Fabián Rodrigo Sancho Moreano

**Quito, 2017**



## CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Fabián Rodrigo Sancho Moreano, autor de la tesis titulada Cláusulas de no competencia en contratos de franquicia y pautas para su evaluación en el Ecuador, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho de la Empresa en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:.....

Firma:.....

Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional  
en Derecho de la Empresa

Cláusulas de no competencia en contratos de  
franquicia y pautas para su evaluación en el  
Ecuador

Ab. Fabián Sancho Moreano

Tutor: Dr. Oswaldo Santos Dávalos

Quito - 2017

## **RESUMEN**

El contrato de franquicia durante los años ha sido un medio importante para el desarrollo económico de varios actores económicos, impulsando y expandiendo negocios en todo el mundo. La franquicia nos permite manejar un sin número de opciones, pudiendo algunas de aquellas ser abusivas a la luz del Derecho de Competencia, como las cláusulas de no competencia, las cuales buscan, como su nombre lo establece, impedir que una de las partes compita en ciertos aspectos con la otra.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	7
<b>CAPÍTULO I - LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y LOS DESAFÍOS QUE PRESENTAN PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA.....</b>	<b>9</b>
1.1. El contrato de franquicia. ....	9
1.1.1. Concepto de franquicia.....	10
1.1.2. Características del contrato de franquicia.....	13
1.1.3. Tipos de contrato de franquicia. ....	23
1.2. La franquicia y el Derecho de Competencia. ....	29
1.2.1. Restricciones a la competencia que se podrían derivar del contrato de franquicia.....	29
1.2.2. ¿Se puede considerar a la franquicia en sí misma como una conducta contraria a la competencia? .....	44
<b>CAPÍTULO II - CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA: PAUTAS PARA SU EVALUACIÓN .....</b>	<b>49</b>
2.1. Cláusulas de no competencia.....	49
2.1.1. ¿Qué son las cláusulas de no competencia? .....	49
2.2. Cláusulas de no competencia y el contrato de franquicia.....	59
2.2.1. ¿Cómo se relaciona la franquicia con el Derecho de Competencia? Normativa aplicable.....	60
2.2.2. ¿Cómo se relacionan las cláusulas de no competencia y el contrato de franquicia? .....	76

2.2.3. Normativa ecuatoriana relativa a cláusulas de no competencia y el contrato de franquicia. Sanciones aplicables.....	83
2.2.4. ¿Cómo debería actuar la entidad de control ecuatoriana al analizar el contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia? .....	91
CONCLUSIONES .....	95
BIBLIOGRAFÍA .....	97
APÉNDICE UNO .....	103

## INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia es una rama dentro de las Ciencias Jurídicas que estudia las relaciones entre competidores en un mercado, el cual se delimita según el caso específico. Es pertinente indicar que el Derecho de Competencia regula actividades diarias y de tráfico común, lo cual implica que puede ser invocado en un sinnúmero de situaciones.

El contrato de franquicia, por su lado, es una relación jurídica que involucra inicialmente a dos partes, el franquiciante y el franquiciado, pudiendo verse inmersos otros actores debido al tráfico diario y necesidades de cada una de las franquicias, mismos que pueden verse afectados por alguna práctica no permitida.

Al ser un modelo de negocio, la franquicia cuenta con sus reglas y exigencias, así como obligaciones entre las partes, hasta se podrían mencionar ciertas imposiciones, todas las cuales pueden conllevar consigo algún roce con el Derecho de Competencia. Las posibilidades son varias, pues las violaciones pueden ser de distintos tipos, lo cual se estudiará en el presente trabajo, constituyéndose en el problema que se busca tratar.

De manera específica, las cláusulas de no competencia buscan que una de las partes de la relación no compita con la otra, durante o después del negocio efectuado, lo cual a primera vista parecería ser incompatible con el Derecho de Competencia. No obstante, existen ciertas situaciones que han sido aceptadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como válidas, las cuales se analizarán con la finalidad de otorgar una relación entre un contrato de franquicia, las cláusulas de no competencia y el Derecho de Competencia, buscando responder la pregunta ¿Cómo podría verse afectado el contrato de franquicia en el Ecuador por el tratamiento legal que se da a las cláusulas de no competencia?

A fin de poder desarrollar el presente trabajo se utilizará el método cualitativo, con el cual se recaba información principalmente doctrinaria de libros, misma que es analizada y ligada con lo establecido en las diferentes legislaciones que se analizarán, como por ejemplo la europea, ecuatoriana y estadounidense. Al ser un tema que requiere cierta especialización, el análisis de revistas jurídicas o artículos especializados es importante, con el objetivo de recabar información más precisa en relación al tema.

El alcance que se busca dar al presente trabajo es de una introducción a la franquicia en el Derecho de Competencia, estableciendo parámetros generales de cómo puede verse afectado este modelo de negocio por las regulaciones que la rama antes mencionada establece. No se busca un trabajo que sea tomado como la palabra final, ya que el estudio en el Derecho de Competencia es muy amplio y generalmente depende de los hechos específicos a fin de analizar cómo proceder.

En el primer capítulo, se tratará lo referente a la franquicia, sus características, tipos, concepto, entre otras cualidades de este modelo de negocio. En el mismo primer capítulo, se analizará cómo se relaciona la franquicia y el Derecho de Competencia de manera general, así como la normativa extranjera sobre el tema.

En el segundo capítulo, se especificará con mayor profundidad lo relacionado a las cláusulas de no competencia y restricciones a la competencia que podrían emanar del contrato de franquicia, analizando por último la normativa ecuatoriana que pueda ser aplicable.

## CAPÍTULO I

### LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA Y LOS DESAFÍOS QUE PRESENTAN PARA EL DERECHO DE COMPETENCIA

Sin duda alguna la franquicia es un contrato y forma de negocio que ha ido adaptándose a los cambios mundiales y locales, motivo por el cual es imprescindible estudiarla desde una perspectiva, en primer lugar, comercial y jurídica; y, en segundo término, en el campo del Derecho de Competencia, en el cual la franquicia pasa a tener ciertas características y tratamientos especiales. Es lo que se abordará en este primer capítulo, a fin de que el lector pueda comprender la figura de la franquicia y su relación con el Derecho de Competencia.

#### 1.1. El contrato de franquicia.

La palabra franquicia, en sus orígenes, tenía una concepción de otorgar cierto permiso a una persona específica para que desarrollara una actividad específica en una determinada zona<sup>1</sup>. Existen diversos momentos que han influido en el desarrollo de la franquicia, es así que uno de los más relevantes, al implementarse las características del contrato actual, es el caso de General Motors. Lorena Castellanos Peñafiel, permite tener una visión general de lo ocurrido en 1929:

[...] la empresa General Motors recurrió a un contrato estratégico que, al tiempo de respetar la independencia de las partes, favorecía la expansión de una red de distribuidores. A partir de entonces, este esquema comercial fue adoptado por un número creciente de empresarios norteamericanos hasta que, en la década de los sesenta, se consolidó con el business format franchising o franquicia de empresa que, a diferencia de la fórmula de negocios tradicional, incorporó a su estructura la transmisión de tecnología, del *know-how* o conjunto de conocimientos, métodos y experiencia del franquiciador y la asistencia técnica permanente”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Ailed Morejón Grillo, “El contrato de Franquicia”, (Cienfuegos: Universidad de Cienfuegos Carlos Rafael Rodríguez.), 9.

<sup>2</sup>Lorena Castellanos Peñafiel, “El contrato de franquicia en el comercio internacional”. Foro: Revista de derecho, No. 5 (2006): 106-7.

De esta manera, vale destacar la importancia de la franquicia en la historia y aún más en la actualidad, la que ha permitido a cientos de personas desarrollar un negocio bajo las directrices que más adelante se mencionarán.

### **1.1.1. Concepto de franquicia.**

Partiendo de Osvaldo Marzorati, podemos rescatar:

[...] contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado 'franquiciante', ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales<sup>3</sup>.

Como se aprecia claramente en la citada definición, la franquicia necesariamente cuenta con la intervención de varias personas, no solamente el franquiciante y franquiciado, punto de principal interés para el análisis de este trabajo ya que las relaciones entre terceros y los ya mencionados juegan un papel importante, en el Derecho de Competencia. En concordancia con lo dicho por Marzorati, Juan M. Farina conceptualiza a la franquicia de la siguiente manera:

[...] es una suerte de simbiosis: una parte, que es conocida como franchisor (franquiciante), otorga licencia a un comerciante independiente, llamado el franchisee (franquiciado), para que venda productos o servicios de su titularidad, el franchisee generalmente paga un canon por este privilegio, más una regalía (royalty) sobre grandes ventas. El término franchisee puede significar dos cosas: a) el derecho del franchisee a vender ciertos productos o servicios, y b) el lugar de negocios donde el franchisee ejerce ese derecho"<sup>4</sup>.

Es de gran importancia notar que la relación entre las partes que intervienen en este contrato es por un tiempo determinado, en el cual el franquiciante brinda su asistencia al franquiciado, con la finalidad que el negocio sea próspero, así como para

---

<sup>3</sup>Osvaldo J. Marzorati, "Franchising", (Buenos Aires: Astrea, 2001), 5.

<sup>4</sup>Juan M. Farina, "Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial", (Buenos Aires: Astrea, 1999), 477.

proteger la imagen del primero y su marca, motivo por lo que una gran cantidad de estos negocios mantienen estrictas normas sobre qué productos adquirir o cuál es la mejor materia prima a utilizar por parte del franquiciado. El control constante del franquiciante es sin duda una de las labores más importantes de este actor. “Los consumidores asocian la marca, los símbolos distintivos y los establecimientos, por citar algunos aspectos, con el prestigio y calidad de los productos y servicios”<sup>5</sup>.

Antes de pasar a explicar el punto medular de este contrato, es importante determinar cuáles son los actores principales de ese negocio jurídico; así, podemos definir al franquiciante de la siguiente manera:

[...] es el verdadero titular de los derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a las marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimiento, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor y a un *know-how* caracterizado por una serie de productos y/o servicios, presentados de un modo original y específico, y explotados según técnicas previamente experimentadas y de rentabilidad probada<sup>6</sup>.

En definitiva, el franquiciante es la parte del contrato que inteligencia al franquiciado cómo llevar el negocio, obligándose el segundo a respetar dichas directrices, motivo por el cual las franquicias están acompañadas generalmente de un manual con detalles pormenorizados<sup>7</sup>.

Por otro lado, el franquiciado, manteniendo la línea de lo citado anteriormente, es la persona “que obtiene con su integración en la red de franquicia el derecho a comercializar y a explotar dichos productos y/o servicios en unas condiciones operativas, económicas y geográficas preestablecidas y controladas mediante la asistencia permanente del franquiciador”<sup>8</sup>. Las obligaciones principales del franquiciado son de gran importancia y se las puede resumir en:

---

<sup>5</sup>Castellanos, “El contrato de franquicia en el comercio internacional”, 124.

<sup>6</sup>Mariano Alonso Prieto, “Una franquicia para mi nuevo negocio. Todo lo que necesita conocer para ser franquiciado”, (Madrid: Selina Olmedo, 1997), 27.

<sup>7</sup>Marzorati, “Franchising”, 16.

<sup>8</sup>Mariano Alonso Prieto, “Una franquicia para mi nuevo negocio. Todo lo que necesita conocer para ser franquiciado”, 27.

- No hacer competencia al franquiciante, lo cual es de gran importancia, pues se traduce en las cláusulas de no competencia durante la existencia de la relación entre las partes y después de terminada la misma por un tiempo razonable. Además, en este punto, vale mencionar la obligación del franquiciado de manejar tal y como el franquiciante le indica lo referente al *know-how*, tema al que es tratado más adelante<sup>9</sup>.

- El franquiciado deberá comunicar al franquiciante todo tipo de cambio que requiera realizar y pueda afectar a la imagen de la franquicia.<sup>10</sup> Hay que tener en cuenta, que en este apartado es plausible que ciertos cambios que se deban dar correspondan a regulaciones estatales u otros factores que no permitan el normal desarrollo de la franquicia, lo cual debe ser analizado.

- Permitir un control constante del franquiciante. Con los avances tecnológicos estos controles son instantáneos, por ejemplo, facturación en línea y tiempo real o control de inventario automático, entre un sinnúmero de opciones. Cualquier tipo de anomalía que se detecte debe ser corregida, por lo cual el franquiciado debe tener total apertura.<sup>11</sup>

- “En los contratos de franquicia, sobre todo en el de franquicia de distribución se prevé unas condiciones de aprovisionamiento del franquiciado por parte del franquiciador o por parte de sus proveedores”<sup>12</sup>. La pregunta en este punto es obvia: ¿Es inalterable esta obligación? ¿Cuándo y bajo qué circunstancias el franquiciado puede actuar de manera contraria a lo establecido anteriormente? Son interrogantes que en el desarrollo futuro se las responderá.

---

<sup>9</sup>Salvador Miquel Peris y otros, *Distribución Comercial*, 6ta ed., (Madrid: Esic Editorial, 2008), 142-3.

<sup>10</sup>Ibíd.

<sup>11</sup>Miquel y otros, *Distribución Comercial*, 144.

<sup>12</sup>Ibíd.

Existen otras obligaciones que podemos incluir, pero las mencionadas se ligan con el Derecho de Competencia.

En definitiva, se puede decir que el contrato de franquicia es aquel en que intervienen dos partes de manera principal, el franquiciante, siendo quien ha desarrollado un sistema de negocio –próspero– el cual desea replicar a través de cualquier interesado, denominado franquiciado, bajo un control constante que ha sido determinado y detallado con anterioridad por el primero, obligándose el segundo a respetarlo y cancelar un valor prefijado por el uso del sistema del franquiciante.

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

Partiendo de la obra de Marzorati, Franchising, podemos determinar las siguientes características jurídicas:

Es consensual porque se perfecciona con el simple consentimiento, y en algunas jurisdicciones hasta puede ser verbal. Es bilateral o sinalagmático porque las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra [...]. Es oneroso en razón de que las ventajas que procura a una u otra de las partes, no le son concedidas sino por una prestación, que ella le ha hecho o que se obliga a hacerle a su contraparte [...]. Es conmutativo porque las ventajas que se proporcionan a las partes son ciertas y posibles de apreciación inmediata. Hay, entre ellas, una especie de compensación recíproca, que no depende de eventualidad alguna. Finalmente, es un contrato de tracto sucesivo porque las prestaciones a cargo de ambas partes son de carácter continuo o repetido y deben cumplirse en períodos convenidos, sea el contrato por tiempo determinado o indeterminado.<sup>13</sup>

Las mencionadas no son las únicas características, pues existen ciertos elementos que son de gran importancia en la franquicia y vale mencionarlos por separado:

- El know-how: El autor Ailed Morejón Grillo, en su obra, lo conceptualiza como “[...] el conjunto de conocimientos técnicos, métodos o procesos, industriales, operativos, comerciales, administrativos, derivados de la experiencia del

---

<sup>13</sup>Marzorati, “Franchising”, 24.

franquiciador, patentables o no. Es el saber práctico de un empresario que es susceptible de ser transmitido total o parcialmente, de manera temporal o definitiva, a través de la prestación de servicios o por vía contractual”<sup>14</sup>. Es uno de los elementos medulares de la franquicia, pues constituye el *modus operandi* del negocio el cual es transmitido al franquiciado para que lo desarrolle mientras dure el contrato.

La autora Luisa Llobregat Hurtado establece lo siguiente en referencia al *know-how*:

Por tanto, puede ser objeto de *know-how* cualquier conocimiento, método, sistema, procedimiento o aplicación, siempre que constituya un patrimonio para el empresario y represente el fruto de experiencia o de la investigación, se le reconozca un valor económico y pueda, por tanto, en su caso, ser objeto de transmisión a aquellas empresas que estén interesadas en su conocimiento. La comunicación del *know-how* puede realizarse de formas diversas. Puede ser una transmisión oral u operativa, enseñando a los empleados de la empresa interesada las técnicas de utilización y gestión. Puede asimismo transmitirse mediante documentos que recogen las instrucciones, fórmulas, diseños, planos, gráficos, datos, etc.<sup>15</sup>

Hay que resaltar que la existencia de un *know-how* involucra un proceso creativo previo, que tenga características que lo hagan único frente a otros y pueda ser valorado económicamente a favor de quien lo ha desarrollado. Es un derecho transmisible a terceros y que puede ser replicado las veces que se desee. En primera instancia, se aprecia que el *know-how* no tiene una limitación en un área específica, es decir puede ser desarrollado abiertamente y no implica necesariamente un proceso productivo o de servicios. Como bien indica la conceptualización citada, es un conocimiento, método, sistema, procedimiento o aplicación de cualquier tipo. En la parte final de la definición transcrita, resulta interesante que se mencione que el *know-how* puede estar recogido en diferentes medios o puede a su vez constituir esos medios, tales como instrucciones, fórmulas, diseños, planos, gráficos, datos, que vendrían a ser la representación material del *know-how*. En definitiva, se puede catalogar al *know-*

---

<sup>14</sup>Morejón, “El contrato de Franquicia”, 26.

<sup>15</sup> Luisa Llobregat Hurtado, *Temas de Propiedad Industrial*, 2da ed., (Madrid: La Ley, 2007), 497.

*how*, de manera general, como cualquier procedimiento que involucre un grado de creatividad con una aplicación que sea distinta a otros métodos, además de ser apreciable económicamente por su valía y poder ser transferido a terceros.

“Podemos, por tanto, afirmar, en primer lugar, que en la actualidad se acepta que el objeto del know-how puede consistir tanto en conocimientos técnico-industriales, como en conocimientos de carácter comercial o administrativo, habiéndose ya superado la antigua concepción que limitaba el know-how a los conocimientos de aplicación industrial”<sup>16</sup>. En una franquicia, sin duda alguna, es importante contar con conocimientos técnicos y comerciales, lo cual es recogido actualmente en el *know-how*. Como se aprecia, ya no son solo conocimientos que pueden ser aplicados en la industria. Su conceptualización se ha ampliado a otras áreas, tales como los servicios, por ejemplo, los cuales dependen de un gran conocimiento comercial y administrativo. Del texto citado, aparentaría que antes una franquicia solamente podría desarrollarse en base a un *know-how* industrial, lo cual resulta difícil de creer, ya que la aplicación de un procedimiento, por único que parezca, aplicándolo solamente en actividades industriales estaría siendo subutilizado. Con el pasar de los años, se ha podido ver como ciertos procedimientos administrativos, de control, gestión, elaboración y relacionados, de naturaleza no industrial, han prosperado y se han replicado.

Osvaldo Marzorati es citado por una de las Cortes Judiciales de Argentina, la cual en base a dicho autor nos indica: “Es decir, el *savoir faire* (saber hacer) se mostró como un concepto sumamente amplio que describía el conocimiento logrado (generalmente por experiencia) en cualquier actividad, y que no era exclusivo ni estaba alcanzado por las disposiciones sobre patentes, al representar una mercadería

---

<sup>16</sup> *Ibíd.*

de carácter inmaterial, objeto de contratación y transferible, cuya aplicación permitía lograr resultados que hacían que unas empresas fuesen más eficientes que otras”<sup>17</sup>. En este contexto, vale resaltar dos puntos: primero, que el *know-how* no involucra una patente y tampoco está regulado por dicho Derecho; y, el segundo punto de importancia es el referente a que constituye un bien inmaterial que permite a las empresas mejorar y ser más eficientes, lo cual parecería ser una de las características medulares del *know-how*. ¿Por qué? ¿Quién quisiera adquirir un proceso, método, etc. que no le permita mejorar? Resulta ilógico pensar invertir dinero para permanecer igual. En el sentido anotado, la Corte del Estado de Maryland en los Estados Unidos indica algo similar, la cual es citada por Guillermo J. Bermúdez González en su obra: “El know-how es un conjunto de conocimientos empíricos que no pueden ser representados con precisión de forma aislada, pero que cuando son puestos en práctica de una determinada manera, basada fundamentalmente en la experiencia, facilitan a los que lo aplican la aptitud para obtener un resultado que, de otra manera, no hubiese podido esperarse con la exactitud necesaria, en la práctica comercial eficaz”<sup>18</sup>. Justamente en la parte final se establece la paridad de criterios con Marzorati.

En este punto, conviene poner de relieve que el *know-how* debe, o al menos debería, en gran porcentaje, asegurar una mejora en el negocio que se desarrolla.

El *know-how* involucra la necesidad de mantenerlo en secreto, lo cual lo dota de una protección contra terceros que quieran aplicarlo o violentar los documentos, planos, datos, etc. donde se ha recogido. “El know-how no es conocido ni fácilmente accesible, por lo que parte de su valor se basa en la comunicación al adquirente de algo que no se encuentra en el conocimiento de todos. Ello implica la obligación de

---

<sup>17</sup> Argentina. Cámara Nacional Comercial Sala A, [Prensiplast S.A. vs. Petri S.A.] Expediente 68.214 en Registro de Cámara 103.569/1998, 08 de noviembre de 1997.

<sup>18</sup> Guillermo J. Bermúdez González, “La franquicia: elementos, relaciones y estrategias”, (Madrid: Esic, 2002), 164.

secreto impuesta por el cedente a fin de preservar la información objeto del contrato, de tal forma que prohíbe de forma expresa la divulgación a terceros de cualesquiera elementos que compongan el know-how”<sup>19</sup>. Este sería un primer acercamiento con las cláusulas de no competencia, en el sentido que el franquiciante está en su facultad de impedir al franquiciado divulgar el *know-how* a terceros o aprovecharse del mismo de manera personal fuera del negocio que comprende la franquicia.

- Signos distintivos: estos elementos de creación intelectual son de gran importancia en el contrato de franquicia. Los autores Diego Gómez Cáceres y Gregorio Cristóbal Cárle al conceptualizar la franquicia mencionan a estos signos como parte del contrato: “Se entiende por Franquicia un modelo de cooperación contractual entre dos partes jurídicamente independientes e iguales: el franquiciador y el franquiciado o franquiciados. El primero se obliga a ceder un conjunto de derechos vinculados a su titularidad sobre la propiedad intelectual o industrial (nombre comercial, siglas y símbolos, marcas, modelos de utilidad, diseños, Know-How, patentes, derechos de autor [...])”<sup>20</sup>. Hay que fijarse, cuando mencionan nombre comercial, siglas, símbolos y marcas, que los mismos sirven como distintivos de un negocio.

La importancia de los signos distintivos viene dada, por un lado, con la distinción que otorga a un producto, servicio o negocio de otro; pero, lo más importante es que permite determinar la calidad del producto o servicio, su productor o distribuidor. “Una marca es un componente intangible pero crítico de lo que representa una compañía. Un consumidor, por lo general, no tiene una relación con un producto o servicio, pero puede tener una relación con una marca. En parte, una marca es un conjunto de promesas. Implica confianza, consistencia y un conjunto definido de

---

<sup>19</sup> Comunidades Europeas, Reglamento (UE) NO 240/96 de la Comisión.

<sup>20</sup> Diego Gómez Cáceres y Gregorio Cristóbal Cárle, Los contratos en el marketing internacional, (Madrid: Esic Editorial, 2004), 39.

expectativas. Las marcas más fuertes del mundo tienen un lugar en la mente del consumidor y cuando se habla de ellas casi todo el mundo piensa en las mismas cosas”<sup>21</sup>.

Cabe destacar que una franquicia necesariamente contará con signos distintivos, ya que son parte de ese éxito que se puede asegurar de cierta manera. El fin principal de la franquicia es replicar un negocio exitoso en varios lugares, por lo que, los signos distintivos juegan un papel primordial. Si un consumidor conoce que cierto local bajo un nombre comercial vende productos de calidad en cierta locación, al menos presumirá que serán de la misma calidad en otro local identificado con el mismo signo.

El uso de los signos distintivos se autoriza mediante una licencia, la cual forma parte del contrato principal de franquicia, “De forma expresa se recogerá la cesión de uso de la marca y los signos distintivos y el compromiso del franquiciado de no usar la marca para fines distintos al objeto del contrato”<sup>22</sup>.

El franquiciado, precisamente, busca que el franquiciante le autorice el uso de sus signos distintivos. Estos signos constituyen uno de los atractivos principales de este contrato, conjuntamente con el *know-how*. El Código Deontológico Europeo de la Franquicia, en la conceptualización que ofrece sobre este contrato, nos menciona que el franquiciante debe ser propietario de estos signos: “La propiedad o el derecho de uso de símbolos: marca de fábrica, marca comercial, marca de servicios, distintivos, razón social, nombre comercial, signos y símbolos, logotipo, etc.”<sup>23</sup>. Esta propiedad

---

<sup>21</sup> Scott M. Davis, “La Marca: máximo valor de su empresa”. (México: Pearson Educación de México, 2002), 3.

<sup>22</sup> Bermúdez, “La franquicia: elementos, relaciones y estrategias”, 216.

<sup>23</sup> Federación Europea de la Franquicia, Código Deontológico Europeo de la Franquicia, <[http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo\\_Deontologico\\_Europeo\\_franquicia.pdf](http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf)>

por parte del franquiciante es lógica ya que no podría otorgar una licencia de algo que no le corresponde, salvo que estuviese de otra forma autorizado a ello.

- Es un contrato atípico: no se encuentra una regulación específica en la legislación. “[...] la atipicidad es el espíritu de la franquicia; en efecto, pese al lugar protagónico que ha alcanzado esta figura contractual en la economía mundial, la falta de normativa y, en el mejor de los casos, la existencia de una 'legislación light'<sup>24,25</sup>. No obstante, lo mencionado cabe salvar que es una característica del contrato de franquicia en sí, en el Derecho de Competencia encontraremos regulaciones propias de esta materia que se aplican plenamente a la franquicia.

- Autonomía del franquiciado: “El franquiciado no es mandatario ni agente ni representante del franquiciante, sino que toma sus propias decisiones. Opera la franquicia conforme a normas impuestas por el franquiciante porque le aseguran una posibilidad de éxito que de otra manera no tendría. Ambos son interdependientes”<sup>26</sup>. En este punto, vale dejar en claro que el franquiciado al no ser un mandatario, agente o representante del franquiciante, tiene cierta libertad para tomar algunas decisiones por su cuenta, las cuales no afectan al contrato de franquicia.

- Regalías: “[...] el franquiciado, además de tener que pagar la tasa inicial por el derecho a utilizar la franquicia y de pagar una regalía (royalty) periódica, en virtud del contrato celebrado se adhiere totalmente a los estándares y técnicas de comercialización impuestos por el franquiciante; por tanto, debe aceptar y demostrar aptitud para cumplir el programa de entrenamiento que éste le ofrece”<sup>27</sup>. Estas regalías constituyen uno de los objetivos que busca el franquiciante, sin embargo, van de la

---

<sup>24</sup> Hace referencia a las situaciones donde existe normativa muy escasa y casi nula para un tema en particular.

<sup>25</sup>Castellanos, “El contrato de franquicia en el comercio internacional”, 115.

<sup>26</sup>Marzorati, “Franchising”, 25.

<sup>27</sup>Farina, “Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial”, 486.

mano del control que este tenga sobre el franquiciado, es decir todo se traduce, a mejor *know-how* y control de cómo se lo desarrolla, mayor ganancia para el franquiciado, por ende, una mejor regalía para el franquiciante. Es de seguro uno de los elementos que hacen tan atractiva a la franquicia.

- Goodwill: traducido al español podemos decir que es el prestigio con el que cuenta el franquiciante, no su persona, sino más bien la marca, sus procesos y negocio en general. Se lo puede definir como “el beneficio y las ventajas derivadas del buen nombre, la reputación y el buen proceder de un negocio en relación con sus clientes, proveedores y distribuidores”<sup>28</sup>. Es de gran importancia ya que el franquiciante en su afán de proteger su prestigio podría requerir incurrir en alguna práctica que pueda ser considerada contraria al Derecho de Competencia

Este prestigio constituye principalmente la imagen de la marca, lo cual se refleja en que todos los franquiciados cuentan con cierta reputación al pertenecer a la franquicia. Es el franquiciante quien normalmente se encarga de realizar todas las gestiones necesarias para que el prestigio se mantenga y vaya en aumento. Esto es lo que recoge el ya citado Código Deontológico Europeo de la Franquicia cuando señala: “El Franquiciador mantendrá y desarrollará la imagen de marca. El Franquiciador vigilará que el Franquiciado cumpla las prescripciones de utilización de la marca y de los demás símbolos puestos contractualmente a su disposición. Al término del contrato, el Franquiciador se asegurará de la no utilización de los símbolos por parte del antiguo franquiciado”<sup>29</sup>. La primera oración transcrita no amerita mayor desarrollo, ya que la idea queda clara. En cuanto a la segunda idea, cabe mencionar que los franquiciados esperan que el franquiciante controle a toda su red, ya que una mala

---

<sup>28</sup>Ian Cockburn, “Franquicias y licencias: ¿Qué son y en qué medida pueden beneficiarnos?”, <<http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm>>

<sup>29</sup> Federación Europea de la Franquicia, Código Deontológico Europeo de la Franquicia.

actuación de un franquiciado afecta a todos, lo cual está en concordancia con la tercera idea, donde los franquiciados pedirán al franquiciante que ex miembros de la red, por llamarlos de algún modo, no puedan utilizar esos signos investidos del prestigio de la franquicia.

*Goodwill* es lo que hace que los negocios del futuro sean algo más que un accidente. Es una expectativa razonable de patrocinio futuro basado en transacciones satisfactorias pasadas<sup>30</sup>. Como se aprecia, este renombre se lo adquiere con el tiempo y dota, al igual que el *know-how* y signos distintivos, de cierta posibilidad de éxito al franquiciado, hecho que denota su importancia en este tipo de contratos.

Como reflexión final, el *goodwill* es un intangible que todo negocio tiene, no necesariamente es positivo, ya que malas actuaciones desembocan en desprestigio o un *goodwill* negativo. Lo que vale destacar es la obligación que el franquiciante tiene de mantener el prestigio, como se mencionó, lo que significa realizar todas las acciones necesarias con la finalidad de que la franquicia sea vista por el consumidor como algo bueno para él y que el franquiciado se mantenga dentro de la red ya que le es favorable y obtiene beneficios. “Dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de la Red de Franquicia y al mantenimiento de su identidad común y de su reputación”<sup>31</sup> le corresponde al franquiciante, como claramente postula el ya citado Código Deontológico Europeo de la Franquicia.

- Asistencia al franquiciado: ligado al *know-how*, signos distintivos y *goodwill* el franquiciante debe otorgar una constante asistencia al franquiciado. En efecto, “el contenido de la asistencia al que alude el precepto es fundamentalmente formativo y viene referido al adiestramiento del franquiciado en la explotación del

---

<sup>30</sup> Traducido de: “Good will is that which makes tomorrow’s business more than an accident. It is the reasonable expectation of future patronage based on past satisfactory dealings.” Edward S. Rogers, *Good Will Trade Marks and Unfair Trading*, (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2002), 13.

<sup>31</sup> Federación Europea de la Franquicia, Código Deontológico Europeo de la Franquicia.

modelo de empresa. Los comentarios al I.V.E.- 4:203 indican que esta asistencia debe proporcionarse al inicio de la relación de franquicia (initial assistance) y durante toda la duración del acuerdo (ongoing assistance) [...]”<sup>32</sup>. El adiestramiento que nos indica la cita se refiere a cómo el franquiciado debe llevar el negocio, además de preparar a los trabajadores de manera adecuada e innovar constantemente, lo cual debe ser transmitido oportunamente a los franquiciados.

Comúnmente, un contrato de franquicia viene acompañado de un manual, donde consta como debe proceder el franquiciando respecto a los signos distintivos, el *know-how* y demás condiciones que han sido desarrolladas por el franquiciante y que forman parte de ese éxito que se busca replicar. Guillermo J. Bermúdez González incluye en su obra una lista de los manuales que debería contener una franquicia, tales como manual de normas gráficas e imagen corporativa, manual de decoraciones y adecuación del local, manual del concepto de negocio, manual de gestión comercial, marketing y publicidad, manual de procedimientos, manual administrativo, manual de supervisión, manual económico financiero, manual de explotación<sup>33</sup>. Como se aprecia, la lista de manuales y de obligaciones que el franquiciado debe tener en cuenta es extensa, aunque vale resaltar que no en todas las franquicias existirán todos estos manuales, pues ello dependerá del franquiciante. La asistencia en un primer momento está reflejada en estos manuales, pero no deben ser la única fuente, ya que un control constante del franquiciante es necesario y exigible por parte del franquiciado.

“El derecho otorgado autoriza y obliga al Franquiciado, a cambio de una contribución financiera directa o indirecta, a utilizar el distintivo y/o marca de productos y/o de servicios, el «saber hacer» y demás derechos de propiedad intelectual,

---

<sup>32</sup> Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila y María Paz Sánchez González, *Derecho Europeo de Contratos*, Tomo 1, (Barcelona: Atelier, 2012), 1582.

<sup>33</sup> Bermúdez, “La franquicia: elementos, relaciones y estrategias”, 175.

sostenido por la prestación continua de asistencia comercial y/o técnica, dentro del marco y por la duración del contrato de Franquicia escrito, establecido entre las partes, a tal efecto”<sup>34</sup>. Se debe destacar la parte en donde se indica que uno de los derechos que tiene el franquiciado es solicitar asistencia comercial y/o técnica durante la duración del contrato.

Como se ha visto, es una obligación del franquiciante brindar este tipo de asistencia, pero además debe tener un fin, el cual se recoge en una publicación de la revista Mba Eafit, que señala:

Mediante la entrega de procesos y manuales, el ofrecimiento de capacitaciones comerciales de gestión continuas y la realización de controles a toda la red, el franquiciador mantiene canales de comunicación fluidos para sobrepasar cualquier inconveniente. Todo esto con el objetivo de que el franquiciado se concentre en la captación, atención de clientes y cierre de ventas, es decir, en la optimización del negocio, respondiendo así a las tendencias del mercado, especialización comercial, optimización de gestión (para buscar eficiencia) y asociación (economías de escala, las cuales no las logran los otros sistemas)<sup>35</sup>.

Esta asistencia es de gran importancia en el contrato de franquicia y constituye otro de los pilares que deben existir, aún más si se trata de franquicias de gran envergadura, las cuales por su valía tratan de cubrir cada uno de los aspectos que se puedan presentar y dotar al franquiciado de manera oportuna con las herramientas y conocimientos necesarios para afrontar contratiempos y dedicarse a que el negocio sea próspero.

### **1.1.3. Tipos de contrato de franquicia.**

En el tráfico mercantil y en los negocios diarios, se encuentran varios tipos de franquicias. Todas se manejan con el mismo esquema base. Sin embargo difieren en

---

<sup>34</sup> Federación Europea de la Franquicia, Código deontológico europeo de la franquicia.

<sup>35</sup> Felipe Mosquera Muñoz, “La franquicia una estrategia de crecimiento empresarial”. Revista Mba Eafit, (2010): 82.

ciertos aspectos puntuales que les otorgan características propias entre unas y otras, principalmente debido a que las actividades comerciales son diversas<sup>36</sup>.

Tomando como guía a Ailed Morejón Grillo, en su obra *El Contrato de Franquicia*, podemos encontrar los siguientes tipos:

- Franquicia de producción: “Es aquella donde el franquiciador, además de ser el titular de la marca, fabrica los productos que comercializa en sus establecimientos franquiciados”.<sup>37</sup> La parte central de este tipo de franquicia viene dada por el gobierno que el franquiciante tiene sobre los productos que giran en torno a la franquicia. Esta franquicia es por naturaleza de productos y no de servicios; por ejemplo, cadenas de ropa a nivel mundial utilizan este tipo, fabricando sus prendas en cierto lugar específico bajo su cuenta y riesgo, utilizando una determinada marca y entregándole a sus franquiciados a nivel mundial para que las vendan. En este caso, el franquiciado no elabora la prenda, ni tiene derechos sobre la marca para crear nuevos productos. En el negocio de los vehículos también se puede apreciar el uso de este tipo de franquicias. La Unión Europea, a través del Departamento de Empresa y Ocupación de Cataluña, sobre estas franquicias nos dice lo siguiente: “en la que la empresa franquiciadora es la dueña de la marca y los productos y el franquiciado/a tiene un contrato para venderlos [...]”<sup>38</sup>.

- Franquicia de servicios: Juan M. Farina conceptualiza este tipo de franquicia como aquella en la cual “[...] se suministra un servicio como conceptualización de una técnica o normativa determinadas [...]”<sup>39</sup>. El giro principal de estas franquicias es un

---

<sup>36</sup>Morejón, “El contrato de franquicia”, ISBN-13: 978-84-692-0134-3 N° Registro: 09/21475.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> Departamento de Empresa y Ocupación de Cataluña, “Franquicias”, 2010, <[http://inicia.gencat.cat/inicia/images/es/1\\_Franquicies\\_CAS\\_tcm141-48955\\_tcm141-48955.pdf](http://inicia.gencat.cat/inicia/images/es/1_Franquicies_CAS_tcm141-48955_tcm141-48955.pdf)>

<sup>39</sup>Farina, “Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial”, 484.

modelo de *know-how* que el franquiciante transfiere al franquiciado, en el cual consta la autorización para que el segundo utilice el modelo del primero.

El franquiciador cede el derecho a utilizar y comercializar una fórmula o sistema original de cualquier tipo de servicio con un nombre ya acreditado y que ha demostrado su eficacia en el ámbito de aceptación. Dentro de este tipo, el franquiciador le ofrece al franquiciado una fórmula original y específica de prestación de servicios al consumidor. Por su parte el franquiciado provee los servicios al cliente con el mismo nivel de calidad y a los mismos precios.<sup>40</sup>

Otra de las características de este tipo de franquicia es el constante asesoramiento que el franquiciante debe brindar al franquiciado, específicamente por los cambios que se producen en el mercado o nuevas condiciones que deban ser incluidas en la relación que los une. El éxito de la franquicia se garantiza por este constante “control de calidad”. En una obra corporativa del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, se puede rescatar el siguiente texto en cuanto a este tipo de franquicia, mismo que dice:

“[...] se refiere a la prestación de servicios y que definía como aquellos acuerdos relativos a la prestación de servicios en colaboración con el franquiciador y, de manera subsidiaria, al suministro de productos vinculados directamente con la prestación de aquéllos”.<sup>41</sup> Como se puede apreciar el eje principal de esta franquicia es el modelo de negocio, los productos que se vendan son un complemento. Juan M. Farina centró su explicación sobre estas franquicias en servicios, tales como: “servicios de coche, asesoramiento fiscal, inmobiliario y otros, enseñanza, hotelería, tintorería, alquiler de vehículos, mantenimiento corporal [...]”<sup>42</sup>

Lo citado anteriormente podría constituir un error, pues la palabra servicios, no se limita únicamente a no comercializar un producto. Es por eso que, en la actualidad, se considera a este tipo de franquicias como las más utilizadas, fusionando tanto servicios como productos. Cabe dejar en claro que lo importante es el proceso, así, por ejemplo, en un restaurante de comida rápida, el método de atención, la preparación de la comida, el modo de cobro, etc., adquieren mayor valor que el producto en sí, pues

---

<sup>40</sup>Morejón, “El contrato de franquicia”.

<sup>41</sup> Carmen Quiles, Oiver Gast y Josep Gajo, *Introducción a la franquicia*, (Valencia: Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1992), 19.

<sup>42</sup>Farina, “Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial”, 484.

realizar todos los pasos de manera correcta, se traduce en que el producto final sea de calidad. “Su objetivo es un servicio o conjunto de servicios que el franquiciado comercializa bajo una determinada metodología dada por el franquiciador. En este tipo de franquicia es más importante la transmisión de un saber cómo (*know-how*) específico y probado. El franquiciador debe tener mayor control para garantizar una adecuada calidad del servicio que se preste y evitar problemas que podrían perjudicar a la marca en su conjunto”<sup>43</sup>.

- Franquicia máster: Marzorati indica que este tipo de franquicia se desarrolla entre el franquiciante y un tercero, al mismo que se lo habilita para que pueda a su vez subfranquiciar en un territorio específico: “Bajo esta modalidad, el franquiciante celebra un contrato de franquicia con una sociedad de otro país, según el cual el subfranquiciante mismo desarrolla y es titular de franquicias y, además, otorga franquicias a tomadores de ese mismo país”<sup>44</sup>. “El máster franquiciado es responsable del desarrollo de la marca, de seleccionar a los franquiciados y adaptar el concepto a las características específicas de su mercado”<sup>45</sup>. Este modelo de franquicia es de gran importancia en la actualidad, ya que permite a una franquicia de gran envergadura expandirse a nivel mundial, sin mantener un control directo y constante sobre todos los franquiciados, esta es la labor del franquiciado máster, a quien obviamente la franquicia madre respaldará y controlará para que en su zona las franquicias sean prósperas. “El franquiciante suele preferir esta herramienta, particularmente cuando [...] sus recursos son limitados para cubrir una zona alejada o un país extranjero o cuando las modalidades del territorio extranjero hacen aconsejable buscar un

---

<sup>43</sup>Tipos de franquicias. <<http://www.creacionempresas.com/index.php/franquicia/aspectos-generales/tipos-de-franquicias>>.

<sup>44</sup>Marzorati, “Franchising”, 69.

<sup>45</sup>Morejón, “El contrato de franquicia”, 17.

interlocutor local”.<sup>46</sup> Uno de los motivos que llevan a constituir este tipo de franquicias es que el franquiciado máster conoce el medio, la cultura y todo lo referente a su zona, lo cual simplifica el desarrollo del negocio; por otro lado, es quien debe desarrollar la franquicia que se denomina piloto, lo cual sin duda alguna es un beneficio para el franquiciante máster, ya que si la misma no es próspera, por cualquier motivo, ya no se replicaría, asumiendo el riesgo el franquiciado máster<sup>47</sup>.

- Franquicia de distribución: es en la cual el franquiciante actúa como un intermediario, fijando al franquiciado los productos que debe vender, aportando una marca o un signo distintivo de la cadena de comercialización<sup>48</sup>. En palabras de Guillermo J. Bermúdez González, en este sistema de franquicia, “el franquiciador es comparable a una central de compras en la que se seleccionan y negocian los mejores productos y las mejores condiciones con proveedores, transmitiendo su saber hacer al franquiciado. Este se encarga de la comercialización de esos productos”<sup>49</sup>. Los autores concuerdan en que la franquicia de producción se diferencia a la de distribución en que la primera el franquiciante es quien fabrica el producto y lo da a sus franquiciados, lo cual no se produce en la segunda. Es importante destacar la importancia que tiene la marca o enseñanza que aporta el franquiciante, la cual, por su renombre, asegura de cierta manera un éxito.

- Franquicia córner: por su nombre es fácil darse cuenta que este tipo de franquicias tienen su principal característica en el espacio que se desarrollan. Normalmente, son un tipo de franquicia que se ubica en un lugar específico dentro de un local de gran envergadura, utilizando un metraje cuadrado pequeño para montar la franquicia. Se puede resumir como una franquicia que funciona dentro de otro

---

<sup>46</sup>Marzorati, “Franchising”, 70.

<sup>47</sup>Morejón, “El contrato de franquicia”, 17.

<sup>48</sup>Farina, “Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial”, 484.

<sup>49</sup> Bermúdez, “La franquicia: elementos, relaciones y estrategias”, 35.

establecimiento comercial.<sup>50</sup> “[...] Con un espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del franquiciador de acuerdo con sus especificaciones. Se da cuando un comerciante tradicional acepta destinar una parte de su local de una forma exclusiva a una determinada marca, bajo las siguientes normas: En la zona destinada sólo deberá haber productos con la imagen y la marca en cuestión [...]”<sup>51</sup>. También suelen montarse estas franquicias por tiempos cortos, en algún evento de gran magnitud, siendo levantadas una vez que el mismo concluye. En este caso, se la conoce como franquicia *córner móvil*<sup>52</sup> y el franquiciado queda autorizado para moverla según su conveniencia a los eventos que considere asistir. Por otro lado, si se establece en un local de gran magnitud, es una franquicia *córner fija*<sup>53</sup>, la cual no se puede mover entre varios locales.

- Franquicia múltiple: “A través de este tipo de contrato se ceden los derechos de abrir varios establecimientos en un área geográfica definida, a un sólo franquiciado, y está obligado a operarlos todos sin ceder los derechos adquiridos a un tercero”<sup>54</sup>. En resumen, en este caso, se cuenta con varios contratos de franquicia en una misma persona, de diferentes cadenas o aliadas. Es importante tener en cuenta el tipo de cada una de esas franquicias, ya que alguna se puede contraponer a otra, es decir, el franquiciado puede tener derecho sobre franquicias que giran en torno a productos o servicios similares.

Como se aprecia, existen varios tipos de franquicia. Se pueden nombrar unas cuantas clases más, sin embargo, son de menor importancia para el tema que se está analizando.

---

<sup>50</sup>Morejón, “El contrato de franquicia”, 18.

<sup>51</sup> *Ibíd.*

<sup>52</sup>Daniel Díaz, “Franquicias comerciales”, <<http://www.guiadelemprendedor.com.ar/franquicias.html>>

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup>Morejón, “El contrato de franquicia”, 18.

## **1.2. La franquicia y el Derecho de Competencia.**

El Derecho de Competencia es aquel que se “[...] ocupa de la protección de los intereses de los consumidores y de la protección de la libre competencia en los mercados. Estos se protegen mediante la prohibición de actos que se considera impiden la competencia y mediante la promoción y abogacía por un entorno competitivo”<sup>55</sup>. En el Ecuador, la Ley que regula la materia indica el objetivo de la misma:

[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible<sup>56</sup>.

### **1.2.1. Restricciones a la competencia que se podrían derivar del contrato de franquicia.**

De manera general, una relación de franquicia es un espacio propicio para que se den conductas anticompetitivas. El franquiciante, en su afán de proteger su prestigio, *know-how*, signos distintivos y asistencia que ha brindado, establecerá lineamientos constantes que sus franquiciados deben respetar. En primer momento, es pertinente tener muy claro que las restricciones a la competencia se pueden dar por esta relación franquiciante y franquiciado, existiendo además la posibilidad de que el franquiciado, según el tipo de franquicia, pueda incurrir en restricciones por sus propios medios. En el primer caso, se podría decir que todos los franquiciados o los de determinado territorio son parte de la actuación restrictiva, mientras que en el segundo

---

<sup>55</sup>Protección de la competencia. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, <<http://www.sic.gov.co/drupal/que-es-la-libre-competencia>>.

<sup>56</sup>Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en Registro Oficial, Suplemento, No. 555 (13 de octubre de 2011) art. 1.

cada uno de los franquiciados actúa por su propia decisión. Las prácticas más comunes que se pueden encontrar son las siguientes:

- Precios predatorios: “Los precios predatorios son una forma de manipular los precios fijándolos bajo el costo con la intención de destruir a la competencia. Está prohibido en la sección 2 del *Sherman Act* cuando estos son usados para adquirir un poder monopólico y bajo la sección 2(a) del *Robinson-Patman Act* cuando se les usa para discriminar entre competidores”<sup>57</sup>. En este caso, los precios predatorios pueden darse en la franquicia, por ejemplo, en territorios nuevos, donde el franquiciante obligue por un período a los franquiciados a vender por debajo de su costo y así eliminar a la competencia, siempre y cuando el franquiciante ostente posición de dominio. De igual manera, podría darse por decisión del franquiciado, siempre y cuando sea el único en el territorio, ya que no sería lógico afectar a los demás franquiciados, lo cual no sería permitido por el franquiciante, por obvias razones. Vale la pena mencionar que este tipo de prácticas, así como pueden ser ordenadas por el franquiciante, pueden ser prohibidas por este, específicamente por temas de control estatal y reputación de la marca.

- Ventas atadas: “Las ventas atadas se refieren a una situación en la que una empresa condiciona la compra de un bien a la compra de otro bien distinto (bien atado). Este tipo de estrategia, puede ser utilizada por una empresa con posición de dominio, para extender dicha posición dominante a un mercado en el que carezca de la misma [...]”<sup>58</sup>. Las ventas atadas pueden ser utilizadas para proteger el prestigio de una empresa: “Una firma puede tratar de proteger sus productos, imagen o *goodwill* con ventas atadas. Por ejemplo, una firma puede temer que sus productos tendrán un mal

---

<sup>57</sup>Pinkas Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 637.

<sup>58</sup> Marlon Tábora, “Condiciones Generales de Competencia en Honduras”, (México D.F.: CEPAL, Serie de Estudios y perspectivas, Naciones Unidas, 2007), 24.

servicio si los que los atienden no están entrenados o autorizados y para eliminar tal riesgo se niega a distribuir repuestos o permitir que se dé servicio en forma independiente”<sup>59</sup>. Puede darse el caso que el franquiciante mantenga una política similar a la indicada, en la cual sus franquiciados deben ofertar tal o cual producto condicionado a la adquisición de otro producto o servicio.

- Negativa a satisfacer pedidos: “[...] cuando una empresa se encuentra en una posición de dominio, sin que existan alternativas viables, no puede negarse a satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta sin una razón justificable que debe acreditar, porque de no hacerlo se considerará un abuso de su posición de dominio e incurrirá en responsabilidad sancionada [...]”<sup>60</sup>. Queda claro que si una franquicia cumple con el requisito de contar con posición de dominio puede verse inmersa en esta obligación de satisfacer pedidos; todo dependerá del territorio en el cual se desarrolle la franquicia, ya que en ciertos lugares puede contar con posición de dominio, mientras que en otros no. La legislación ecuatoriana prevé esta negativa en dos formas: cuando se trata de abusos de poder de mercado y en acuerdos y prácticas prohibidas.

- Compresión de márgenes: es “[...] aquella práctica o conducta en virtud de la cual una empresa integrada verticalmente y con poder de mercado de un producto intermedio, está presente en el mercado minorista fijando un precio tal por ese bien o servicio superior en el mercado mayorista al que factura a sus propios clientes lo que impide a los competidores cubrir sus costes”<sup>61</sup>. Resultaría ilógico que el franquiciante compita con el franquiciado en el mismo mercado y lo perjudique, ya que se estaría afectando a sí mismo. Sin embargo, podría darse el caso de que el franquiciante

---

<sup>59</sup>Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, 685.

<sup>60</sup>Ibíd., 532.

<sup>61</sup>Isabel Fernández Torres, “Regulación Sectorial y Derecho de la Competencia: Compresión de Márgenes en el Mercado de Telecomunicaciones”, (Madrid: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2011), 11.

incursione en el mismo mercado de manera temporal con cierta finalidad, por ejemplo, introducir un nuevo producto o servicio, buscando así eliminar los costos de transacción de dichos productos o servicios que están a prueba, existiendo otros escenarios posibles. Por otro lado, no es nada ajeno a la realidad que el franquiciante pueda competir con el franquiciado, pero siempre en las mismas condiciones.

- Abuso de acciones judiciales: Este tipo de práctica es conocida en el derecho europeo como *vexatious litigation*, la cual consiste en interponer una demanda con el conocimiento de que no se cuenta con sustento legal, con el propósito de molestar, incomodar y causar gastos judiciales a quien se defiende. Incluye continuar con un proceso judicial aún después de conocer que los hechos no ameritan continuarlo<sup>62</sup>. En definitiva, este tipo de acciones interesan al Derecho de Competencia cuando buscan eliminar a uno o varios actores económicos. El franquiciante, a fin de ingresar en algún mercado puede iniciar estas acciones contra competidores de sus franquiciados, en todo caso el franquiciado por su propia cuenta también puede iniciar estas acciones.

- Discriminación de precios: “La discriminación de precios se produce cuando una empresa vende el mismo producto o servicio a diferentes grupos de consumidores a diferentes precios”<sup>63</sup>. Por la configuración de la franquicia no es lógico que se dé entre franquiciante y franquiciado deliberadamente una discriminación de precios. No obstante, se puede dar el caso de que por razones del mercado específico sea necesario que el franquiciante distribuya a sus franquiciados a distintos precios,

---

<sup>62</sup> Traducido de: “Filing a lawsuit with the knowledge that it has no legal basis, with its purpose to bother, annoy, embarrass and cause legal expenses to the defendant. Vexatious litigation includes continuing a lawsuit after discovery of the facts shows it has absolutely no merit.” <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=2222>>

<sup>63</sup> Milind M. Lele, “Desarrollo de apalancamiento estratégico: cómo hacer que coincidan los puntos fuertes de la empresa con las oportunidades del mercado”, (Madrid: Ediciones Díaz de Santos S.A., 1995), 400.

basados principalmente en análisis de zonas, situación en la cual se debe analizar caso por caso.

- Abusos en situación de dependencia económica: Se reputa anticompetitiva la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad<sup>64</sup>. El texto citado corresponde al artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal española. Por la configuración de esta práctica, es muy posible que se pueda presentar en una relación franquiciante y franquiciado cuando el primero determine que el franquiciado deba adquirir sus productos a determinado proveedor, el cual viendo que es el único distribuidor autorizado por el franquiciante abuse de su posición con el franquiciado, quien no puede adquirir los productos a un proveedor distinto. Igual situación puede ser posible si el franquiciante es el único proveedor de sus franquiciados, abusando de su posición. El artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece algo similar a la legislación española: “Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”<sup>65</sup>.

La subordinación que el franquiciado tiene con el franquiciante es un medio propicio para que este tipo de prácticas se desarrollen. Las situaciones que se pueden derivar son varias. Por ese motivo, se analizaría caso por caso.

---

<sup>64</sup> España, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en Boletín Oficial del Estado (11 de enero de 1991).

<sup>65</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Dentro del Derecho de Competencia, se pueden dar restricciones horizontales a la competencia. Este tipo de acuerdos: “Comprende los actos, acuerdos, convenios y arreglos entre agentes competidores que tienen por objetivo restringir u obstaculizar la competencia, mediante la fijación de precios, cantidades, calidades de los bienes y servicios, y distribución de territorios del mercado geográfico”<sup>66</sup>, los cuales he citado de manera ejemplificativa, pues existen algunos más. Es decir, este tipo de restricciones se presentan entre actores económicos que están activos en el mismo mercado relevante, que compiten entre sí. Los franquiciados mantienen una competencia horizontal en el mercado. Por esta razón, es importante analizar sus implicaciones.

Como se ha visto, en el contrato de franquicia, el franquiciante establece condiciones que sus franquiciados deben acatar. ¿Es viable que se establezcan restricciones horizontales a la competencia en dicho contrato? Según se indicó, el contrato de franquicia involucra a dos actores principales, el franquiciante y el franquiciado, existiendo una relación vertical entre ellos. Los franquiciados de una misma franquicia mantienen un origen común, el franquiciante, es decir, entre franquiciados no existe una relación vertical, pero podría existir una horizontal, lo cual a criterio personal es factible. Dependiendo del tipo de franquicia y las necesidades del franquiciante se pueden establecer cierto tipo de restricciones, especialmente las de no competencia o por ejemplo el determinar los territorios en donde se establezcan cierta cantidad de locales, entre otras prácticas horizontales, las cuales deben ser acatadas por los franquiciados. Hay que dejar un poco de lado la restricción vertical que es impuesta por el franquiciante y centrarse en que el contrato de franquicia, en sus condiciones, puede obligar a sus franquiciados a cometer restricciones horizontales

---

<sup>66</sup>Antonio Romero y Carlos E. González, *Condiciones generales de competencia en Guatemala*, (Santiago de Chile: CEPAL – Naciones Unidas, 2006), 10.

entre sí o con terceros que están dentro de su mismo nivel. Mediante este contrato se establecen restricciones verticales directas entre franquiciante y franquiciados; y, a su vez, el franquiciante establece restricciones horizontales entre franquiciados o estos con terceros.

Vale, también, dejar a salvo la posibilidad que tienen los franquiciados, por sus propios medios, de tener acuerdos horizontales entre sí o con terceros, los cuales al menos deberían ser analizados por el franquiciante, toda vez que debe velar por el correcto desarrollo de la franquicia y un tema tan delicado, sin duda alguna, no puede ser regido directa y exclusivamente por los franquiciados, aún más cuando existe el contrato de franquicia en el medio.

- Fijación de precios: “La fijación de precios por restricción horizontal se refiere a acuerdos colusivos (cárteles) o imposición entre diferentes empresas dentro de un mismo mercado, esto es, en la misma etapa dentro de la cadena de producción y distribución. [...] se considera indeseable *per se* por su evidente daño a terceros, en especial al consumidor y por su ineficiente asignación de recursos en la economía”<sup>67</sup>. Por ejemplo, el franquiciante podría acordar con la competencia de sus franquiciados fijar precios, práctica que es prohibida y sancionada, hecho que debe ser analizado en caso de darse.

- Limitación en la producción: “Una restricción de la producción es una limitación de la cantidad que puede producir y vender una de las partes”<sup>68</sup>. En este caso, existe un acuerdo entre las partes para no producir un bien u ofertar un servicio en cantidades específicas, y el efecto que se consigue es el siguiente: “Al limitar la producción mediante un sistema impositivo de cuotas obligatorias para los integrantes

---

<sup>67</sup>Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, 232.

<sup>68</sup> Antonio Creus Carreras y otros, *Código de Derecho de la Competencia*, (Madrid: Gráficas Muriel S.A., 2006), 792.

del cártel se persigue generar escasez del producto en el mercado y con ello la elevación de la demanda y por consiguiente del precio del bien”<sup>69</sup>. Por sus características, parece ser una práctica que la pueden realizar los franquiciados cuando gozan con libertad de pactar entre ellos. No obstante, en el contrato de franquicia, se podrían establecer prohibiciones para que no se den estos acuerdos.

- Repartición de mercados o clientes: “En Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia ha castigado con firmeza aquellos acuerdos horizontales por medio de los cuales los competidores se dividen los mercados en zonas geográficas, con el objeto de evitar que algunos se aprovechen gratuita e injustamente de los esfuerzos de mercadeo de otros”<sup>70</sup>. Vale rescatar la primera parte del texto citado, ya que, de manera general, este tipo de acuerdos buscan generar un mayor beneficio a los miembros del acuerdo, en detrimento de los consumidores y otros factores que se ven afectados. En una franquicia, el franquiciante puede establecer zonas en donde puedan ubicarse sus franquiciados: Tal vez no resultaría lógico que dos franquiciados estén uno junto a otro. Como se indicó en este caso la franquicia debe ser analizada como un solo grupo. Ahora bien, estaría prohibido que el franquiciante acuerde con la competencia (otras franquicias o negocios en el mismo nivel que sus franquiciados) repartirse cierto territorio o cliente. De igual manera, los franquiciados no podrán hacer estos acuerdos con actores en su mismo nivel por cuenta propia. “Cláusulas de ubicación. - Estas cláusulas son las favoritas en todas las operaciones de franquicia pues requieren que el franquiciado haga negocio en un área específica. Por el tipo de cláusula que configura es una forma más restrictiva de cláusula territorial”<sup>71</sup>. “Cláusula de repartición de clientes. - Esta restricción limita los clientes a los cuales el distribuidor

---

<sup>69</sup> Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, 236.

<sup>70</sup> Alfonso Miranda Londoño, “Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados”. Contexto: 22.

<sup>71</sup> Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, 666.

puede vender. Se focaliza en los clientes, especificando su tipo (volumen, ubicación, giro, tipo de mercado)”<sup>72</sup>. En la franquicia, como se ha citado, es posible establecer este tipo de cláusulas en el contrato de franquicia, pero no a modo de cártel, sino más bien como una estrategia de negocio del franquiciante.

- Pacto de no realizar publicidad: Dos o más competidores, a fin de disminuir costos, pueden acordar no realizar publicidad de sus productos, lo cual se considera perjudicial en el Derecho de Competencia. En una franquicia, es muy común que el franquiciante sea el encargado de realizar la publicidad, la cual beneficia a todos sus franquiciados, todo esto a cambio de un porcentaje que cada franquiciado aporta. En definitiva, parece poco probable que, en la franquicia, se acuerde no realizar publicidad, aunque siempre queda la posibilidad que entre franquiciantes (de distintas marcas) pacten no publicitarse, situación que no es parte de la relación entre franquiciante y franquiciado. “El franquiciatario debe pagar una parte proporcional para la publicidad y promoción corporativa nacional. De esta manera, el franquiciante conserva el control y la coherencia de las ideas básicas de la compañía en el mensaje publicitario, además se mantiene la presencia de la marca en los medios adecuados, ya que es necesaria para el éxito de la franquicia”<sup>73</sup>. El texto citado confirma que este tipo de práctica no sería viable en una relación de franquicia, debido que todos se benefician de las pautas publicitarias.

Se han descrito algunas de las prácticas más comunes de acuerdos horizontales que podrían encontrarse en una relación de franquicia, siendo la conclusión en este punto que un análisis caso por caso es obligatorio porque sus características permiten que varias situaciones sean aceptadas y no sancionadas, aún más cuando la mayoría de

---

<sup>72</sup> Ibíd.

<sup>73</sup>María Cristina Alba Aldave, “Las Franquicias en México: Una Nueva Visión”, (México DF: Fondo Editorial FCA, 2004), 117.

estas prácticas parecen ser dadas como órdenes del franquiciante para mantener el éxito del negocio y la marca.

Por otro lado, están los acuerdos verticales, los cuales se pueden definir de la siguiente manera: “[...] los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”<sup>74</sup>. En la franquicia, podemos encontrar las relaciones de este tipo. La principal podríamos decir es la de franquiciante y franquiciado, siendo la segunda entre franquiciado y algún tercero. Los acuerdos verticales no deben ser confundidos con ciertas políticas o decisiones propias de cómo se desarrolla la franquicia, por ejemplo, la necesidad de fijar precios de reventa. Lo que se busca es mantener el éxito del modelo desarrollado del franquiciante. Los acuerdos verticales deben ser analizados caso por caso.

- Agencia: Isabella Lecompte Vergara y Michelle Visbal Otero nos mencionan un punto de gran importancia, el cual permite realizar un análisis acorde al Derecho de Competencia, cuando dicen: “si bien es cierto que el franquiciado sigue instrucciones, éste está actuando a nombre propio y al mismo tiempo asume los riesgos que trae consigo la instalación, establecimiento y desarrollo del negocio, lo cual sin duda implica comprometer con ello su patrimonio”<sup>75</sup>. La relación franquiciante – franquiciado no es de agencia<sup>76</sup>. No obstante, el riesgo que asume el franquiciado no

---

<sup>74</sup>Carreras y otros, *Código de Derecho de la Competencia*, 653.

<sup>75</sup>Isabella Lecompte Vergara y Michelle Visbal Otero, *La responsabilidad del franquiciante y Franquiciado frente al consumidor*, (Bogotá: Univ. Estud. Bogotá N° 10, 2013), 242.

<sup>76</sup> “Por el contrato de agencia, una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.” Ideas propias, *Marco jurídico de la agencia comercial*, (Vigo: Ideas Propias, 2004), 1.

debe ser entendido como una carta abierta para que pueda actuar fuera de la estructura o las obligaciones que el *know-how* cedido le imponen, pues se desvirtuaría totalmente el contrato de franquicia. El riesgo que asume le permite al franquiciado en ciertos momentos, solicitar al franquiciante su asistencia o que se revean ciertas condiciones que le impiden desarrollar el negocio tal y como se esperaría.

Si el franquiciado fuese un agente del franquiciante, el primero sería solamente su representante para ciertos actos, actuando a nombre del segundo, afectando los intereses del franquiciante de manera directa, mientras que, en la franquicia, una actuación incorrecta del franquiciado lo afecta directamente, es decir, en los dos casos, se cuenta con independencia para actuar, pero el agente normalmente no asume los riesgos y responde directamente por aquellos, en la franquicia sí. Por ejemplo, en una relación laboral, el agente contratará a quien crea conveniente, quien asume dicha relación será el principal, mientras que, en el franquiciado, al contratar a una persona asume dicho contrato de manera personal, sin que el franquiciante se vea involucrado.

No obstante, lo mencionado, se puede decir que el franquiciante asume un riesgo, el cual se deriva de elegir equivocadamente a su franquiciado y este no responda de la manera esperada resultando en un perjuicio. En el caso de la franquicia, el riesgo lo asumen el franquiciante y/o el franquiciando, mientras que, en la agencia, el riesgo no es asumido por agente sino por quien lo ha contratado.

- Fijación de precios de reventa: “La presencia de contratos donde una de las partes (comerciante minorista) se obliga a mantener un precio fijado por la otra (empresa proveedora) también es analizada desde la óptica de la política de competencia. Dentro de esta denominación se incluyen precios impuestos (máximos o mínimos) como también recomendados (precios recomendados, publicación de

listados de precios, etc.)”<sup>77</sup>. Cabe mencionar que, además de los precios máximos y los mínimos, existen los fijos. En ciertos tipos de franquicia, justamente se hace necesario que el franquiciante distribuya los bienes a ser comercializados por el franquiciado. En estos casos, es donde se pueden cometer ilícitos a la competencia al fijar precios de reventa. Se debe analizar cada una de las situaciones para determinar si el fijar esos precios es necesario por temas de franquicia o no.

- Distribución exclusiva:

La distribución exclusiva implica la concesión a un único minorista de la exclusiva de venta de un producto en una determinada área de mercado o territorio. Este tipo de distribución permite al fabricante un gran control sobre el producto a lo largo de todo el recorrido por el canal. Se utiliza en productos en los que la lealtad a la marca y su imagen son muy importantes, pero a la vez requieren una gran colaboración por parte del distribuidor en las ventas del producto desarrollando actividades como asistencia técnica o servicio postventa<sup>78</sup>.

Esta situación podría darse en franquicias pequeñas, de un local en un territorio determinado. Además, por sus características, se aplica perfectamente a una relación de franquicia, ya que se protege el nombre y marca del franquiciante, así como se beneficia al franquiciado que es el único distribuidor de dichos productos. No hay que confundir a la distribución exclusiva como el género de la franquicia, pues ni uno es el género ni el otro la especie. La franquicia es un tipo de contrato que, en algunas ocasiones se asemeja a la distribución exclusiva, pero mantiene sus características propias de *know-how*, entre otras.

- Distribución selectiva:

La distribución selectiva supone la elección de un número limitado de minoristas para vender el producto, sin ser tan restrictivo como en el caso de la distribución exclusiva. Implica una serie de requisitos por parte del distribuidor en aspectos como publicidad o promoción. Se realiza en productos de comparación como la ropa o los grandes electrodomésticos, en los que el consumidor está dispuesto a realizar un esfuerzo de búsqueda, visitando varios puntos de venta y comparando aspectos como precios, calidades o servicios añadidos. Los criterios de selección de los distribuidores por el fabricante pueden ser: el tamaño del vendedor (medido por su

---

<sup>77</sup>Marcelo Celani y Leonardo Stanley, *Defensa de la Competencia en Latinoamérica: Aplicación sobre Conductas y Estrategias*, (Buenos Aires: CEPAL, Naciones Unidas, 2005), 26.

<sup>78</sup>Salvador Miquel Peris y otros, *Distribución Comercial*, 308.

cifra de ventas), la calidad del servicio ofrecido, la competencia técnica y el equipamiento del intermediario comercial<sup>79</sup>.

Como se aprecia la diferencia con la distribución exclusiva son los requisitos que el distribuidor debe cumplir, lo cual justificaría este tipo de restricción. Por ejemplo, vender un equipo de alta tecnología requiere que el distribuidor tenga cierta calidad o experiencia. El fabricante debe establecer criterios objetivos para que se dé este tipo de distribución, que no sean restrictivos en exceso y que protejan su marca, sin atacar de manera directa al número de distribuidores. Es decir, no se puede restringir de manera cuantitativa. En cuanto a la franquicia, tiene las mismas consideraciones planteadas en la distribución exclusiva.

- Marca única:

Los acuerdos de marca única son aquellos cuya principal característica consiste en inducir al comprador (distribuidor) a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Ejemplos de estos acuerdos son la cláusula de no competencia y la imposición de cantidades fijas al comprador. La primera se basa en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador adquiera más del 80% de sus necesidades a un solo proveedor. Esto significa que el comprador solo pueda comprar directamente al proveedor, sino que no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores<sup>80</sup>.

Al igual que en la distribución exclusiva y selectiva, la marca única puede ser desarrollada en una franquicia, siendo tal vez la figura que más se dé, debido a que el franquiciante buscará que sus franquiciados no tengan otros proveedores. Se debe determinar necesariamente caso por caso si es contraria o no al Derecho de Competencia. Cabe mencionar que el franquiciante es quien distribuye al franquiciado por lo que este poco puede discutir sobre la conveniencia o no, pues la franquicia establece esta condición desde un comienzo. En este caso, como en todos, se hablaría de franquicia siempre y cuando se cumplan sus características a fin de distinguirla de una simple distribución.

---

<sup>79</sup>Salvador Miquel Peris y otros, *Distribución Comercial*, 308 - 9.

<sup>80</sup>Antoni Vaquer Aloy y otros, *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, (Barcelona: Atelier, 2012), 1605.

Se han nombrado ciertos aspectos de los acuerdos verticales, los cuales parecen más cercanos a darse en una franquicia.

### Competencia desleal<sup>81</sup>

Una mención especial se debe realizar sobre las prácticas desleales o competencia desleal, las cuales son incluidas en la legislación ecuatoriana como contrarias al Derecho de Competencia fuera de las restricciones horizontales o verticales. No obstante, la doctrina y jurisprudencia tienen un lineamiento distinto. En cierto modo, estas prácticas desleales se complementan con el Derecho de Competencia, pero no forman parte del mismo ya que atacan un problema distinto. “Como bien señala Jorge Joeckel en su obra Disposiciones Generales de la Ley de Competencia Desleal: «La principal diferencia radica en que mientras la Ley de competencia desleal protege la transparencia de los medios que se emplean para competir, las normas que sancionan las prácticas restrictivas de la competencia buscan proteger la libertad en el acceso y permanencia en el mercado”<sup>82</sup>.

El mercado funciona así, como un parámetro de determinación de la aplicabilidad del Derecho antitrust y marca las competencias y relaciones con un sector

---

<sup>81</sup> Resulta importante conocer las prácticas de competencia desleal y su aplicación en el Ecuador. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado derogó los artículos 284 al 287 de la Ley de Propiedad Intelectual, mismos que trataban la competencia desleal. De esta manera, se colocó dichas prácticas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado casi en el mismo sentido, para lo cual a continuación se transcribe parte del artículo 25 de la mencionada Ley: “Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras”. A esta definición, la Ley le ha dado un nuevo alcance, al establecer en el artículo siguiente: “Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”. Nuestra Ley aumentó “impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”. De esta manera, pretende encausar las prácticas de competencia desleal en el Derecho de Competencia, por lo que en el Ecuador se podría concluir que la franquicia debe ser analizada caso por caso a fin de determinar si cae en dichos preceptos, lo cual no comparto puesto que el texto de la Ley citada no responde a una realidad y a la doctrina que maneja otra línea, además que su redacción encausaría todo tipo de conducta en un posible ilícito.

<sup>82</sup>Flint, “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, 34.

del ordenamiento jurídico estrechamente relacionado: la normativa en materia de competencia desleal. Tal y como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA entre ambos sectores existe una relación de complementariedad. «La competencia desleal llega donde la legislación antitrust no alcanza, a las pequeñas y medianas empresas incapaces de falsear con sus comportamientos gravemente las estructuras competitivas del mercado». En un sentido similar, FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO califican el ilícito desleal como un «claro y típico ilícito de conducta» y el ilícito antitrust como un «claro y típico ilícito de resultado»<sup>83</sup>.

En el sentido de los textos citados, se deben diferenciar ambas ramas. Por un lado, las prácticas desleales, que atacan un comportamiento deshonesto en el tráfico mercantil, mientras que el Derecho de Competencia protege la eficiencia económica. Independientemente de si deban ser o no consideradas las prácticas desleales como parte del Derecho de Competencia, es importante indicar que las primeras tienen una importancia en el Derecho de Propiedad Intelectual, ya que un uso deshonesto ataca a una marca y la afecta directamente, mientras que en el Derecho de Competencia no se busca afectar el prestigio de una marca.

El segundo párrafo del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece: “Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia”<sup>84</sup>.

En definitiva, si una franquicia desea ingresar al Ecuador debe estar pendiente que la competencia desleal ha sido establecida en dos aristas, una en el Derecho de Competencia (por afectar al interés común) y otra en el ámbito de la Propiedad Intelectual (por ser entre las partes).

---

<sup>83</sup>Carmen Herrero Suárez, “Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia”, (Madrid: La Ley, 2006), 380.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

De la Unión Europea, se puede apreciar un ejemplo de franquicia, el cual abarca la gran mayoría de ideas que se han planteado, y que, por su extensión, consta como apéndice uno.

### **1.2.2. ¿Se puede considerar a la franquicia en sí misma como una conducta contraria a la competencia?**

Se ha analizado el contrato de franquicia, sus características, las partes involucradas, las relaciones que podría tener con el Derecho de Competencia, entre otros. Con la información previa mencionada, resulta interesante preguntarse si el contrato de franquicia, por su naturaleza, puede ser considerado en sí mismo como una conducta contraria a la competencia, especialmente por las obligaciones que se le imponen al franquiciado, la cuales se reflejan en precios, productos, servicios, métodos, adecuaciones y otros factores que es necesario regular para que la relación entre franquiciante y franquiciado sea próspera.

Como se ha visto anteriormente, el contrato de franquicia es atípico, lo que le permite contar con una gran libertad para establecer cláusulas que se acomoden a la situación específica, momento en el cual se pueden cometer ciertos abusos según el Derecho de Competencia. Resulta normal que el franquiciante, al haber logrado un éxito con un modelo de negocio, el cual se puede plasmar en el *know-how*, desee replicarlo de la mejor manera, aún más cuando en la franquicia es de vital importancia no perder el buen nombre ganado, dentro de lo cual se encuentra el *goodwill*. Para lograr todo lo antes mencionado, es necesario establecer condiciones muy específicas que deben ser respetadas durante la relación entre franquiciante y franquiciado, por ejemplo, una de ellas puede ser el establecer cláusulas de no competencia o precios de venta.

Al momento de desarrollar una franquicia, se generan varias relaciones entre las partes contratantes y terceros, lo cual da como resultado que contratos de diversos tipos sean suscritos. Por ejemplo, en una franquicia de comida rápida, sin duda alguna existirá un contrato de provisión de ciertos alimentos que complementa al de franquicia. Justamente en estas relaciones con terceros se pueden deslizar conductas que le interesan al Derecho de Competencia. En el indicado ejemplo, el franquiciante, para asegurar el buen nombre de su marca, establecerá las condiciones de distribución de los alimentos, buscará los proveedores, contratará con ellos, es decir, realizará todas las acciones necesarias a fin de que el producto sea de tal o cual característica específica, sin permitir que el franquiciado pueda tomar decisiones en este ámbito. En este punto habría que definir si dicha limitación es necesaria o no, si afecta o no a la competencia, en otras palabras, realizar un análisis caso por caso.

Sobre el supuesto planteado líneas arriba, se puede estar frente a una actividad exenta de ser penada por el Derecho de Competencia. Como se analizó, el buen nombre, la calidad, el servicio, entre otros factores, son indispensables para que el franquiciante quiera extender su negocio mediante terceras personas, lo cual constituye una razón suficiente para buscar contratar a un determinado proveedor. Cosa distinta es si, en esta relación franquiciante y proveedor, existen intereses distintos a los mencionados. Por ejemplo, si existiendo varios distribuidores que ofrecen el mismo producto, el franquiciante elige uno con un sobreprecio porque le ofrece percibir una parte de lo vendido, hecho que sin duda alguna va en contra del Derecho de Competencia y la eficiencia económica que este busca proteger.

A fin de determinar si una conducta es contraria al Derecho de Competencia, existe un procedimiento a seguir, el cual es plenamente aplicable para la franquicia. El primer punto es que tanto franquiciante como franquiciado cumplan las condiciones

para ser operadores económicos. Existe un mercado relevante, el cual constituye un segundo momento en el análisis, seguido por determinar si existe o no poder de mercado. El siguiente paso es determinar la conducta que puede ser contraria a la competencia y es en este punto donde la franquicia, al ser un modelo de negocio, no puede ser considerada en sí misma una restricción a la competencia. Las prácticas que son contrarias las podemos enumerar:

- a) Los que requieren de poder de mercado para ser sancionados.
  - i. Abusos exclusorios.
    - 1. Precios predatorios.
    - 2. Descuentos condicionados (injustificados).
    - 3. Ventas atadas.
    - 4. Negativa a satisfacer pedidos.
    - 5. Compresión de márgenes.
    - 6. Abuso de acciones judiciales.
  - ii. Abusos explotativos.
    - 1. Precios injustos o explotativos.
    - 2. Discriminación de precios.
  - iii. Abusos en situación de dependencia económica.
- b) Los que no requieren poder de mercado para ser sancionados.
  - i. Prácticas restrictivas.
    - 1. Acuerdos horizontales (fijación de precios, limitación en la producción, repartición de mercados o clientes, colusión en la oferta, pactar no realizar publicidad, pactar no contratar personal entre sí, etc.).

2. Acuerdos verticales (Agencia, fijación de precios de reventa, distribución exclusiva, distribución selectiva, marca única, etc.).
- ii. Prácticas desleales<sup>85</sup>.
1. Actos de confusión
  2. Actos de engaño
  3. Actos de imitación
  4. Actos de denigración
  5. Actos de comparación
  6. Explotación de la reputación ajena.
  7. Violación de secretos empresariales
  8. Inducción a la infracción contractual
  9. Acoso a los consumidores
- iii. Concentraciones económicas.
1. Horizontales.
  2. Verticales.
  3. De conglomerado.

En una relación de franquicia, se podría dar cualquiera de las situaciones enumeradas, sea por el franquiciante, el franquiciado o un tercero que se involucre activamente en la relación de los dos anteriores. Por esta razón, la franquicia es un contrato idóneo para que se cometan abusos contrarios al Derecho de Competencia, mas no ser en sí misma una práctica contraria.

A modo de conclusión, la franquicia se ha desarrollado durante los años como un método de negocio y de expansión empresarial. Es por esta razón que, al pasar de los años, se han ido adecuando ciertas condiciones del mercado y de la legislación

---

<sup>85</sup> Tomando como base lo que la legislación ecuatoriana ha establecido, lo cual se ampliará en el siguiente capítulo.

mundial, a fin de cubrir los efectos que pueda producir una relación de franquicia. Este modelo de negocio es comparable con otros tantos, por ejemplo, la distribución, concesión, etc., los cuales al igual que la franquicia pueden ser analizados a la luz del Derecho de Competencia, en las mismas condiciones, pues al ser métodos, están bajo la misma lupa de directrices, normas, excepciones y exenciones. La franquicia no puede ser tratada como una conducta, pues es algo aún más complejo, es un modelo, el cual se conforma de varios operadores y actuaciones de aquellos. Es por esta razón que dependerá de cada situación, a fin de poder establecer si en una relación de franquicia, se ha dado o no un abuso contrario al Derecho de Competencia.

## **CAPÍTULO II**

### **CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA: PAUTAS PARA SU EVALUACIÓN**

En el presente capítulo se tratará las cláusulas de no competencia, estudiando en un primer momento qué son, para después analizar su incidencia en el contrato de franquicia.

#### **2.1. Cláusulas de no competencia**

Este tipo de cláusulas o actuaciones de los operadores económicos necesariamente requerirá de la participación de dos o más partes. Un solo operador económico no puede afectar al mercado o los consumidores con cláusulas de no competencia aplicándolas a sí mismo.

En el caso de la franquicia, es importante mencionar que las cláusulas de no competencia pueden (i) verse inmersas en las relaciones entre franquiciante y franquiciado directamente o (ii) ser una imposición del franquiciante para que el franquiciado actúe de tal o cual manera ante terceros o que los terceros involucrados mantengan con el franquiciante un acuerdo de competencia. En definitiva, en el contrato de franquicia, se abre un gran abanico en donde se pueden ver involucradas las cláusulas de no competencia.

##### **2.1.1. ¿Qué son las cláusulas de no competencia?**

Este tipo de cláusulas se pueden dar en varios momentos, mientras la relación contractual está vigente o cuando la misma haya culminado. A fin de poder conocer un poco más sobre estas cláusulas, se puede citar una sencilla definición, la cual reza: “En ese sentido, las Cláusulas Non Compete (o de no competencia), en virtud de las

cuales una persona (natural o jurídica) se obliga para con otra, a no competir con esta última dentro de un mercado determinado, es decir, a no producir ciertos bienes o prestar ciertos servicios, deberían considerarse contrarias a la libre competencia y, en consecuencia, ser entendidas como prácticas restrictivas de la competencia.”<sup>86</sup>

Tal como puede evidenciarse de esa definición, las cláusulas de no competencia tienen por objeto una obligación de no hacer.

No se debe confundir este tipo de cláusulas con las de exclusividad: “En muchas oportunidades, suele confundirse esta cláusula con las Cláusulas de Exclusividad en contratos de distribución o suministro. Sin embargo, mientras que en las Cláusulas de Exclusividad sólo se limita la competencia, en las Cláusulas Non Compete, la competencia se elimina por completo”<sup>87</sup>. Del texto citado, vale destacar el hecho fundamental de que las cláusulas de no competencia prohíben de por sí cualquier tipo de competencia. No son cláusulas que reparten territorios o acuerdan circunstancias especiales de contratación; su finalidad es evitar que un actor económico compita con otro en el mercado.

Otro aspecto de importancia es la temporalidad de estas cláusulas. Según Jorge Adame Goddard: “Estas cláusulas, por lo general, están redactadas de modo que expresan que una persona se obliga a no competir con otra, es decir a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios, durante un cierto tiempo, en un territorio delimitado. Para asegurar el cumplimiento de la obligación de no competir, las partes suelen agregar la obligación de pagar una cantidad en caso de incumplimiento de la obligación principal.”<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup>*Cláusulas Non Compete.*

<[intranet.cavelier.com/asociacioncavelier/Ensayos/ClausulasNonCompete.pdf](http://intranet.cavelier.com/asociacioncavelier/Ensayos/ClausulasNonCompete.pdf)&cd=1&hl=es419&ct=clnk>

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> Jorge Adame Goddard, “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 102 (2001): 689.

Los dos casos de temporalidad indicados por Jorge Adame son durante la relación contractual y posterior a la misma, ambas con distintas connotaciones, pero que buscan un mismo fin. Durante la relación contractual, las partes buscan no competir entre ellas en los lineamientos que acuerden, sean territorios, bienes o servicios; por otro lado, en los acuerdos posteriores a la relación contractual se busca que una de las partes, al haber ganado cierta experiencia y reconocimiento en el medio, no incurriera en el mismo negocio por cierto período de tiempo.

No cabe duda sobre la aplicabilidad de estas cláusulas mientras dure la relación contractual, ya que, mientras el contrato se mantenga en vigencia, la cláusula también lo estará, culminado el mismo, la cláusula dejará de tener valor; es decir, la cláusula está subordinada al tiempo que dure el contrato. Por otro lado, el tratamiento es un tanto distinto en las cláusulas que rigen una vez finalizada la relación contractual; de manera general, se ha considerado que un tiempo prudencial para la vigencia de esas cláusulas es de cinco años, una vez concluido el contrato. “En el mismo sentido, las normas de la competencia prohíben las cláusulas de restricción de la competencia, en contratos de distribución (y similares) cuya duración exceda de 5 años. Tampoco están permitidas las prohibiciones de competencia, posteriores a la extinción de dichos contratos, en determinadas circunstancias”<sup>89</sup>. En la legislación europea, al tratar el tema de las exclusiones de control del Derecho de Competencia, se encuentran pronunciamientos similares: “No obstante, estas cláusulas están cubiertas por el Reglamento de Exención por Categorías si su duración es igual o inferior a cinco años o si la renovación tras un período de cinco años exige que ambas partes den su autorización explícita y no haya obstáculos que impidan al comprador dar por

---

<sup>89</sup>Santiago Nadal, “Defensa de la Competencia y Competencia Desleal son realidades que son confundidas con frecuencia. Este artículo intenta delimitar los dos conceptos”, <<http://www.snabogados.com/blog/defensa-de-la-competencia-y-competencia-desleal/>>

concluida de modo efectivo la cláusula de no competencia al término del período de cinco años”<sup>90</sup>.

Se debe resaltar que las cláusulas de no competencia dependen de un contrato principal o al menos de una relación mucho más amplia, en este sentido podemos resaltar: El libre comercio es la base de la economía norteamericana y cualquier negocio que lo restrinja es sospechoso. Para ser válido un acuerdo de no competir debe ser auxiliar a un negocio legítimo. Por auxiliar se debe entender que el acuerdo de no competir debe ser parte de un acuerdo más extenso<sup>91</sup>.

Del mencionado texto, vale hacer hincapié en que la cláusula o acuerdo de no competencia tiene que estar debidamente justificada, motivo por el cual debe existir esa relación contractual anterior o que esté en curso entre las partes. No es viable un acuerdo de competir aislado o motivado en que es lo mejor para los contratantes.

La aplicabilidad de las cláusulas de no competencia durante la vigencia del contrato o posterior al mismo, por un lado, pretende proteger los intereses del contratante, buscando que el contratado no aproveche para sí mismo o terceros cualquier tipo de información, entrenamiento o factor adquirido en la relación que mantienen o mantuvieron. Un punto de gran importancia es la justificación de estas prácticas. Al respecto, varias preguntas pueden surgir; ¿Bajo qué circunstancias son aceptables estas cláusulas? Resulta evidente que el contratante busca proteger su negocio al establecer una cláusula de este tipo. Sin embargo, existen limitaciones. No resultaría lógico, si el negocio o relación entre las partes gira en torno a la comida

---

<sup>90</sup> *Las normas de la competencia en los acuerdos de suministro y distribución*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2012), <doi: 10.2763/68695>: 18.

<sup>91</sup> Traducido de: “Free trade is the basis of the American economy, and any bargain that restricts it is suspect. To be valid, an agreement not to compete must be ancillary to a legitimate bargain. “Ancillary” means that the noncompetition agreement must be part of a larger agreement”. Jeffrey F. Beatty, Susan S. Samuelson y Patricia Sánchez Abril, *Introduction to Business Law*, 5th ed, (Boston: Cengage Learning, 2014), 197.

rápida, que el contratante prohíba a su contraparte realizar otras actividades fuera de este tipo de giro de negocio. Podría prohibirse establecer un local de comida rápida ya que se sospecharía que aprovecha las enseñanzas, recursos o demás factores provistos por el contratante, pero no se podría prohibir que establezca un local de mecánica automotriz. Claramente, la prohibición de no competencia comprende un tipo de negocio y nicho de mercado donde las partes puedan verse afectadas al dedicarse a una misma o similar actividad.

Una rama del Derecho que ha desarrollado la obligación de no competencia es la laboral. Estos desarrollos podrían servir de pautas para la temática presente. Por tal motivo, con la finalidad de comprender el alcance de estas cláusulas vale la pena analizarlas en una relación de trabajo. En la obra de José Ramón Ferrándiz Gabriel, el autor cita una jurisprudencia que resulta importante, la cual menciona:

Hay que partir del principio constitucional de libertad de empresa y del principio económico de libre competencia, uno y otro de acuerdo con la ley, con las limitaciones que ésta pueda imponer. La sociedad demandante y recurrente en casación no puede impedir a un empleado suyo —codemandado— que deje su trabajo y desarrolle una actividad semejante, para la que precisamente estaba profesionalmente preparado: no había previsto en su contrato de trabajo una cláusula de no concurrencia y no es posible jurídicamente coartar la profesión ajena; tampoco puede impedir que se constituya una sociedad que tenga una actividad en parte coincidente con la suya; por último, no puede evitar que aquel empleado pase a desarrollar su actividad profesional en esta nueva empresa; que el mismo empleado, o su padre, o parientes, o amigos, la hayan constituido, es ajeno a la problemática jurídica; lo que sí es trascendente, en el presente caso, es que no se han dado los elementos fácticos precisos para considerar su actividad como competencia desleal y aplicar la Ley mencionada de 10 de enero de 1991<sup>92</sup>.

Hay que rescatar del extracto de sentencia citado, que las cláusulas de no competencia pueden afectar derechos de una de las partes. Por ejemplo, en el indicado caso, el criterio de la Corte es que es imposible prohibir a un profesional que haya laborado para un empleador ejercer su profesión posterior a la relación de trabajo. Lo

---

<sup>92</sup> José Ramón Ferrándiz Gabriel, “Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia”. (Madrid: La Ley, 2007), 901.

dicho resulta por demás lógico, pero trae consigo, al menos, una gran interrogante. Si un arquitecto labora en una empresa realizando planos, ¿es posible que su empleador le impida ejercer su profesión libremente? Se deben analizar los dos momentos en que se puede dar esta prohibición, ya que durante la relación laboral es plenamente válido y hasta necesario que dicho arquitecto no pueda ejercer su profesión por su cuenta, pues podría aprovecharse de la reputación, bienes, enseñanzas, etc. de su empleador y también podría disminuir su rendimiento laboral. Ahora bien, después de la relación laboral, si se prohíbe que el arquitecto ejerza su profesión resultaría un absurdo, como bien indica el fallo judicial. Esa persona se preparó por años para desarrollar esa actividad, ya sea por cuenta propia o a cuenta de un tercero bajo relación laboral. Si se le prohíbe desarrollar actividades de su profesión, ¿qué más puede hacer?, ¿cómo se sustenta diariamente? Por estas razones, este tipo de cláusulas y prohibiciones de no competencia tienen límites y deben estar justificadas.

Una sentencia de la Corte Suprema de Chile establece otro punto de gran importancia, el cual constituiría uno de los fundamentos más relevantes al permitir este tipo de cláusulas. Dicha sentencia señala: “También expresa que la cláusula de no competencia es una práctica común en los contratos de trabajo de gerentes y subgerentes, dado que se trata de un cargo privilegiado, de especial confianza y de gran responsabilidad, recayendo sobre información que constituye la base del negocio de una de las partes”<sup>93</sup>. Como es apreciable en el ámbito de administración de un negocio, los altos mandos tienen acceso a cierta información importante y sensible, a secretos de la empresa los cuales constituyen el éxito de su negocio y demás aspectos que por su naturaleza deben permanecer en reserva, además de no ser utilizados por

---

<sup>93</sup> Chile. Corte Suprema, [ADISERV S.A., ADICORP S.A. vs. Bordachar Boetto, Pedro Pablo] Fallo: 5.152-2009, 20 de mayo de 2009.

una tercera persona en su beneficio personal u otras personas. Justamente en el último escenario planteado las cláusulas de no competencia cobran relevancia.

En relación con la libertad de empresa y el principio económico de libre competencia, los cuales van de la mano de otros derechos, tales como el derecho a desarrollar actividades económicas, los mismos se encuentran garantizados en el Ecuador por la Constitución en su artículo 66 número 15. Es posible que exista colisión de derechos, debiendo determinarse cuál es más importante o si es permitido, por ejemplo, restringir el derecho a realizar actividades económicas libremente, con fundamento en una cláusula de no competencia. Como se ha visto, la respuesta es relativa, pues depende de las circunstancias. Existirán, por lo tanto, casos en los cuales estas cláusulas resulten aplicables y otros, en cambio, en los que no lo sean. La sentencia de Chile antes citada, indica en su fallo:

Dice que si bien la Carta Fundamental promueve la libre competencia y la libertad de los particulares a desarrollar actividades empresariales, ello no implica que las cláusulas de no competencia sean "per se" contrarias al orden público, si éstas se han pactado libremente y con efecto temporal; que la obligación de no competencia establecida en la cláusula décimo primera (en adelante undécima) del contrato de trabajo entre Adiserv S.A. y el señor Bordachar respeta completamente el artículo de la Constitución antes señalado y, de otro lado, tampoco adolece de objeto ilícito<sup>94</sup>.

El texto citado confirma que los derechos y libertades tienen limitaciones, aun si están garantizados por la Constitución de un Estado. Tal vez sería prudente colocarse en la situación de si una cláusula de no competencia es deslegitimizada sin un análisis del caso en concreto, que el beneficiado sea una sola persona o un grupo menor y que los perjudicados sean la mayoría; o, darse el caso que una cláusula de no competencia sea totalmente abusiva y no proteja más que el capricho de una de las partes.

Las limitaciones que se pueden establecer a los derechos deben ser correctamente establecidas y se debe, además, verificar si no recaen sobre un derecho

---

<sup>94</sup> *Ibíd.*

que, por su importancia, deba prevalecer sobre la cláusula. En este caso, una corte española ha sentenciado: “impedir al demandado desplegar su actividad profesional, por sí mismo o a través de una sociedad, por el plazo de 10 años que contempla el contrato, implicaría una inadmisibles restricción de la libertad en el trabajo consagrada en el artículo 35 de la Constitución ([...]), por lo que dicho pacto vulnera el orden público, determinando la nulidad de la cláusula, al menos, en lo que excediera de dos años.”<sup>95</sup> Este texto, en concordancia con lo anteriormente analizado, es contundente a fin de determinar la importancia de ciertos derechos y la imposibilidad de ser restringidos abiertamente, como se indicó. ¿De qué otra forma puede sobrevivir un profesional si no es a través de su trabajo profesional?

Las cláusulas de no competencia también se pueden encontrar en ventas de negocios, cuando el comprador establece al vendedor este tipo de restricciones con la finalidad de que no pueda incurrir en el mismo negocio por un tiempo determinado. “En una adquisición, el comprador, para poder obtener la totalidad de los activos transferidos debe protegerse de la competencia del vendedor, en particular para conseguir la fidelidad de los clientes y explotar el *know-how* transferido”<sup>96</sup>. En este caso, las cláusulas se justifican en el sentido que el vendedor no pueda traspasar el *know-how* a terceras personas, lo cual podría afectar los intereses del comprador.

“La inhibición de la competencia no se considera necesaria si sólo se traspasan activos materiales (terrenos, edificios, maquinaria) o derechos de propiedad industrial y comercial que pueden defenderse mediante acciones legales”<sup>97</sup>. El texto citado involucra una aclaración de gran importancia en cuanto a este tipo de prohibiciones

---

<sup>95</sup> España. Audiencia Provincial de Madrid, [HOUSE MARKET SYSTEM, S.L. vs. Don Narciso] Fallo: 350/2015, 04 de diciembre de 2015.

<sup>96</sup> España. Tribunal de Defensa de la Competencia, [FOODSERVICE vs. MERCAT] Fallo: A 313/02, 08 de abril de 2003.

<sup>97</sup> *Ibíd.*

entre las partes. No es admisible una protección de no competencia sobre activos materiales exclusivamente; no resulta lógico, si un comprador adquiere un vehículo, por ejemplo, que no pueda utilizarlo en actividades similares o idénticas a las que desarrolla el vendedor o que el comprador exija al vendedor que no utilice otro vehículo en su actividad, aun cuando tengan la misma actividad económica. Por otro lado, en base al ejemplo antes indicado, ¿qué sucede si una persona vende su negocio, mismo que gira en torno a la reparación de electrodomésticos a domicilio, siendo el automotor el principal activo material que tiene, pintado con enseñas y distintivos de dicha actividad, muy atractivo por ser colorido? En este caso, resulta un poco más lógico que el comprador del negocio y vehículo exija al vendedor que no compita contra él en la misma actividad, utilizando los mismos distintivos, pues vulneraría sus derechos. En los supuestos planteados, es apreciable la relevancia que un derecho inmaterial adquiere en relación a la no competencia.

¿Qué sucedería en el supuesto del vehículo, si el vendedor establece un negocio en el mismo giro, pero con enseñas, colores y logos totalmente distintos? ¿Es aplicable y válida una cláusula de no competencia? Las enseñas o distintivos marcarios que pueda tener un negocio lo hacen único. El consumidor conoce la calidad del servicio que recibe y puede identificar la reputación del prestador como se analizó anteriormente. En este sentido, parecería que, si el vendedor monta un negocio en el mismo giro, pero con distintivos diferentes, las cláusulas de no competencia no serían justificables, ya que no afectaría al comprador por cuanto no se estaría aprovechando de la reputación de los signos distintivos. En el mismo supuesto, si agregamos un procedimiento específico que haya sido vendido al comprador, ¿sería la misma situación? Evidentemente no, ya que el comprador adquiere ese procedimiento que es efectivo y probado con cierto éxito, por lo que los signos distintivos pasarían a un

plano ligeramente inferior de importancia bajo este procedimiento. Entonces, si el vendedor transfiere no solo distintivos marcarios, sino también un procedimiento que asegura en cierto modo el éxito de la actividad, se podría creer que una cláusula de no competencia es permisible y válida, para proteger al comprador, quien podrá impedir que el vendedor utilice ese procedimiento que le garantiza cierto éxito, por cuanto ya le fue transferido y es quien debe explotarlo.

En definitiva, las cláusulas de no competencia imponen una restricción a la competencia entre dos o más partes. En el fondo, se ha visto que son un poco más complejas, existiendo ciertos escenarios posibles que han sido analizados:

- No competencia laboral: es la que nace en una relación obrero patronal, que tiene su razón de ser en proteger los conocimientos, documentación y en general experticia que un trabajador pudo haber adquirido del empleador, para que no puedan ser aprovechadas por otro patrono de la competencia, siendo este el primer supuesto; y, un segundo supuesto, para que no puedan ser explotadas por el mismo trabajador a cuenta propia. En cuanto a su limitación temporal, suele aceptarse un periodo de dos años.

- No competencia en la compraventa: se busca proteger al comprador, con la finalidad que el vendedor no pueda utilizar para sí el conocimiento ya traspasado o en el caso de compraventa de empresas, se resguarda que el activo vendido sea gozado por el comprador y pueda hacer suyos esos activos, clientes, mercados, etc.

- No competencia referente a signos distintivos: está directamente ligada a la compraventa o al traspaso, en este caso de un negocio. Como se anotó, las marcas y enseñas representan la imagen de un negocio. Con la obligación de no competencia, se busca impedir que el vendedor o quien transfiere siga haciendo uso de dichos derechos inmateriales o los transfiera a terceros. En este sentido, la razón de estas

cláusulas es proteger al comprador o al nuevo titular y que pueda explotar los derechos adquiridos.

- No competencia sobre un procedimiento: la Real Academia Española conceptualiza a procedimiento como el “método de ejecutar algunas cosas”<sup>98</sup>. En este sentido, una vez más se está ligado a la compraventa o al traspaso de este método, el cual por sus características se entiende que funciona y está probado, el cual debe ser explotado por el comprador o nuevo titular. En este caso, la razón de existencia de una cláusula de no competencia es proteger al nuevo titular de terceros, incluyendo a quien le traspasó el procedimiento.

- No competencia referente a conocimientos y documentación: involucra el mismo análisis que la obligación de no competencia en materia laboral, eliminando de lleno la existencia del trabajador y remplazándolo con cualquier otra persona que haya sido favorecido con esos conocimientos y documentación. Se han indicado varios ejemplos y alcances que se pueden dar a este tipo de cláusulas y restricciones. En todos los escenarios, las cláusulas de no competencia deben ser justificadas, además de existir ciertas reglas que ya han sido desarrolladas y aceptadas con el paso del tiempo, por ejemplo, la temporalidad de estas cláusulas o los momentos en que se pueden aplicar.

## **2.2. Cláusulas de no competencia y el contrato de franquicia.**

La franquicia y las cláusulas de no competencia tienen una relación muy estrecha y directa. Los autores, en su gran mayoría, establecen que estas cláusulas son parte integral del contrato de franquicia, otros autores las consideran una característica principal; y, en el peor de los casos, se las toma como secundarias.

---

<sup>98</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, 23era ed., (Madrid: Espasa, 2014).

Por otro lado, las cortes han determinado la importancia de estas cláusulas y cuando son aceptables bajo la lupa del Derecho de Competencia. Esto quiere decir que no siempre serán legítimas o necesarias, lo cual nos lleva a realizar un análisis caso por caso.

### **2.2.1. ¿Cómo se relaciona la franquicia con el Derecho de Competencia?**

#### **Normativa aplicable.**

Cabe recordar lo mencionado anteriormente en relación a que la franquicia no tiene un marco normativo independiente y definido, por lo cual este contrato es atípico e innominado. No obstante, las regulaciones del Derecho de Competencia son plenamente aplicables a la franquicia, no en sus características, sino en el modelo de desarrollo de la misma o sobre sus cláusulas.

Con lo antes mencionado, en este punto, se abordará la normativa que tiene relación con la franquicia. Se analizará, en primer lugar, la legislación europea, posteriormente, la legislación ecuatoriana, pasando por la ley que regula la materia, su Reglamento y, por último, ciertas menciones constitucionales ecuatorianas que son de relevancia.

#### **Legislación europea**

Partiendo de la legislación europea, se encuentran las *Directrices relativas a las restricciones verticales* en las que se puede apreciar que la franquicia es tratada de manera especial por dicha Comunidad. Se establece lo siguiente: “Además de facilitar un método comercial, habitualmente los acuerdos de franquicia contienen una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se

distribuyen, en especial mediante distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva, o formas más débiles de estas prácticas”<sup>99</sup>.

Estas directrices buscan establecer un marco que permita entender qué situaciones son consideradas como restrictivas, así como fijar los requisitos que deben ser cumplidos a fin de enmarcar a cierta actuación en una de las excepciones establecidas en dicha normativa. Vale citar un apartado de las mencionadas directrices:

Las licencias contenidas en los acuerdos de franquicia quedan cubiertas por el Reglamento de Exención por Categorías si reúnen las cinco condiciones enumeradas en el apartado 31. Por lo general, dichas condiciones se encuentran reunidas en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos «master» de franquicia, ya que el franquiciador ofrece al franquiciado bienes o servicios, especialmente servicios de asistencia comercial o técnica. Los DPI ayudan al franquiciado a revender los productos suministrados por el franquiciador o un proveedor designado por éste o a utilizar estos productos y vender los bienes o servicios resultantes.<sup>100</sup>

Las condiciones del apartado 31 son las siguientes:

El artículo 2, apartado 3, del Reglamento de Exención por Categorías incluye en su ámbito de aplicación los acuerdos verticales que contengan determinadas cláusulas que se refieran a la cesión al comprador o utilización por el comprador de DPI y, por consiguiente, excluye del Reglamento de Exención por Categorías todos los demás acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI. El Reglamento de Exención por Categorías se aplica a los acuerdos verticales que contengan cláusulas de DPI, si se cumplen cinco condiciones:

- a) las cláusulas de DPI deben formar parte de un acuerdo vertical, es decir, un acuerdo que establezca condiciones con arreglo a las cuales las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
- b) los DPI deben cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por éste;
- c) las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo;
- d) las cláusulas de DPI deben estar directamente relacionadas con la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por parte del comprador o sus clientes. En el caso de franquicia en la que el marketing es el objeto de la explotación de los DPI, los bienes o servicios son distribuidos por el franquiciado principal o los franquiciados;
- e) las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Comunidades europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 291/1, 2000, 54.

<sup>100</sup> Comunidades europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, 18-9.

<sup>101</sup> Comunidades europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, 16.

El primer apartado citado, como se evidencia, trata directamente a la franquicia, indicando que dicho contrato reúne en su mayoría de veces las condiciones para ser exenta de la regulación de prácticas restrictivas verticales. El segundo apartado es complemento del primero, el cual solamente da ciertas condiciones que deben reunirse para considerar la exención.

Como se pudo observar en los textos antes citados, el enfoque que la Comisión Europea da a la franquicia en las mencionadas directrices se inclina al ámbito del Derecho de Propiedad Intelectual (DPI), lo cual es algo lógico, ya que el *know-how*, la licencia de marca y otros aspectos principales de la franquicia son atinentes al Derecho de Propiedad Intelectual. No obstante, profundizar en las relaciones que puedan existir entre el Derecho de Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia escapa a los objetivos del presente trabajo.

Como se pudo apreciar, las directrices establecen escenarios en los cuales el contrato en estudio está exento de ser sancionado, ya que el fin de dichas restricciones es proteger al franquiciante y los derechos que tiene sobre la marca, *know-how* y demás elementos que conforman el modelo de negocio que pretende replicar. Al respecto, por ejemplo, podemos citar:

- a) La imposición al franquiciado de la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar;
- b) La imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa;
- c) La imposición al franquiciado de la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público;
- d) La imposición al franquiciado de la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder a éste y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia;

- e) La imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores;
- f) La imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia;
- g) La imposición al franquiciado de la obligación de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador<sup>102</sup>.

De los textos citados, se aprecia la importancia de la franquicia en el tráfico mercantil diario en la Comunidad Europea y el tratamiento especial que se le da, habiendo logrado establecer situaciones que la diferencian de otras figuras, otorgándole un marco normativo un poco más restringido y que se liga perfectamente con las características de este contrato.

Un segundo punto de importancia en la Comunidad Europea es su Tratado de Funcionamiento, mismo que establece la prohibición para la fijación directa o indirecta de precios, la limitación o el control de la producción, entre otras prácticas. No obstante, el mismo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que dichas prohibiciones pueden ser declaradas como inaplicables<sup>103</sup>. Específicamente, el artículo 101 del Tratado menciona:

No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

---

<sup>102</sup> Comunidades europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, 19.

<sup>103</sup> Annie Buquet Segarra, “La regulación jurídica del contrato de franquicia (ii): franquicia y derecho de la competencia”, <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/franquicias/la-regulacion-juridica-del-contrato-de-franquicia-ii-franquicia-y-derecho-de-la-competencia>>

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate<sup>104</sup>.

Como último punto, en la Comunidad Europea, existe el *Reglamento (UE) No. 330/2010* de la Comisión Europea, el cual gira en torno a los acuerdos verticales y prácticas concertadas, específicamente el artículo 101 apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea, el cual fue citado anteriormente. Sobre este Reglamento, vale destacar las definiciones que nos otorga. Por ejemplo, define qué es un acuerdo vertical o, más importante aún, conceptualiza las cláusulas de no competencia, entre otros términos que son importantes:

- Acuerdos verticales: “los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”<sup>105</sup>.

- Cláusula de no competencia:

cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente.<sup>106</sup>

En este Reglamento, de igual manera, se tratan exenciones, excepciones a las exenciones y también lo referente a las cuotas de mercado, punto muy importante ya que se fijan umbrales según los cuales tal o cual conducta puede ser considerada contraria o no al Derecho de Competencia. Por ejemplo: “La exención prevista en el

---

<sup>104</sup>Comunidades europeas, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 326, 2012, 88-9.

<sup>105</sup> Comunidades europeas, Reglamento (UE) NO 330/2010 de la Comisión, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 2010, 3.

<sup>106</sup> *Ibíd.*

artículo 2 se aplicará siempre que la parte del mercado del proveedor no supere el 30 % del mercado de referencia en el que vende los bienes o servicios contractuales y que la parte del mercado del comprador no supere el 30 % del mercado de referencia en el que compra los servicios o bienes contractuales”<sup>107</sup>.

Este es un ejemplo de los umbrales que se fijan en la Unión Europea para ciertas circunstancias específicas, los cuales son indispensables al momento de tomar una decisión, ya que, al tratar caso por caso, nos permitirán encaminar el análisis por el rumbo correcto.

En la Unión Europea, existen casos que nos permiten dar cuenta sobre la importancia que tiene el Derecho de Competencia en lo referente al contrato de franquicia. Por ejemplo, el caso Pierre-Fabre, empresa que se dedica a fabricar y comercializar productos cosméticos y de higiene corporal, teniendo un canal de ventas compuesto por varias filiales. La venta de los productos se realiza bajo la vigilancia constante de un licenciado en farmacia, hecho sobre el cual giró la discusión del litigio. La condición de contar con un profesional específico para la venta de los productos excluía de manera directa a cualquier tipo de transacción que se desee realizar por internet. Por otro lado, se analizó también el hecho de que los productos en cuestión no son medicamentos, hecho que los pone en un status diferente de comercialización<sup>108</sup>.

El Tribunal de Justicia resolvió que el tipo de productos – cosméticos e higiene personal – no requieren la atención de un licenciado de farmacia, para lo cual analizó

---

<sup>107</sup> Comunidades europeas, Reglamento (UE) NO 330/2010 de la Comisión, 4.

<sup>108</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) caso C 439/09 de 13 de octubre de 2011, <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddb1b2100ee2844e88a646b13867bbc7f2.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRaxn0?text=&docid=111223&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=95150>>

el artículo 101, apartado 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, mismo que establece:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.<sup>109</sup>

El Tribunal determinó que la cláusula que exige la presencia de un licenciado en farmacia para la comercialización de los productos no se justificó de manera objetiva: “Una cláusula contractual, como la controvertida en el litigio principal, que prohíbe *de facto* Internet como modo de comercialización, tiene, como mínimo, por objeto restringir las ventas pasivas a los usuarios finales que desean comprar mediante Internet y están localizados fuera de la zona física de influencia [...]”<sup>110</sup>. En este punto, el Tribunal claramente se enfocó en la importancia de los usuarios finales, los cuales son los principales perjudicados, debido a que aquellos que desean adquirir los productos por internet no lo podían hacer.

La importancia de analizar este tipo de procesos viene dada por la diversa normativa que debe tomar en cuenta un franquiciante para no tener problemas con el Derecho de Competencia. De ahí que la franquicia debe ser analizada caso por caso a

---

<sup>109</sup> Comunidades europeas, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) caso C 439/09 de 13 de octubre de 2011.

fin de determinar su naturaleza. Hasta valdría mencionar que ciertos puntos o cláusulas de un contrato de franquicia pueden resultar contrarios al Derecho de Competencia, mientras que otros no.

La legislación europea es avanzada y cuenta con normativa específica para cada caso, lo cual es algo positivo y sirve como guía a legislaciones nuevas como la ecuatoriana. Por otro lado, resulta interesante observar las condiciones que esta legislación fija para que se den las exenciones tratadas párrafos arriba, pues las mismas sin duda alguna vienen a ser la idea de negocio que se busca con la franquicia, lo cual es un acuerdo entre dos partes, que busca mejorar la producción o distribución. Esto se traduce en progreso para ambos, creando una participación equitativa entre aquellos.

### **Legislación ecuatoriana**

El artículo primero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece cuál es el fin de dicha normativa:

El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”<sup>111</sup>,

Este objetivo de la Ley abarca a toda situación del día a día en la cual se vea inmersa una actividad económica, por lo que no debe sorprender que el Derecho de la Competencia tenga una gran incidencia en el contrato de franquicia. Por lo tanto, resulta de gran importancia el análisis de legislaciones más avanzadas en el tema, como la europea, en la que, como se observa, se establecen condiciones para el contrato de franquicia en ciertas circunstancias específicas, algo que no se replica en el Ecuador,

---

<sup>111</sup>Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en Registro Oficial, Suplemento, No. 555 (13 de octubre de 2011).

ya que, sin ser una condición, en nuestra Ley, por ejemplo, no menciona en un solo lugar la palabra franquicia o se hace relación directa a ella.

Entrando un poco más en detalle, el artículo 9 de la Ley trata el abuso de poder de mercado y establece lo siguiente:

Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

Seguidamente la Ley determina varias conductas que son consideradas contrarias al Derecho de Competencia, pudiendo cualquiera de estas conductas ser aplicable a una relación de franquicia. Por este motivo, resulta inoficioso citar cada una, pues basta remitirse al texto de la Ley.

El artículo 10 establece el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica de la siguiente manera: “Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”<sup>112</sup>.

La Ley establece cuatro situaciones de esta conducta, las cuales pueden darse en una franquicia toda vez que el franquiciante mantiene un dominio sobre el franquiciado y dependiendo del tipo de franquicia, un dominio total sobre bienes y servicios.

En el artículo 11 de la Ley, se establece lo siguiente:

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada

---

<sup>112</sup>Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

El texto citado hace referencia a los acuerdos y prácticas prohibidas, el cual tiene las mismas consideraciones que el abuso de poder de mercado antes mencionado.

Al texto citado anteriormente, caben ciertas exenciones, las cuales están contempladas en el artículo siguiente, el cual establece:

Están exentos de la prohibición contenida en el artículo anterior los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria autorización previa, siempre y cuando se cumplan todas las siguientes condiciones:

- a. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
- b. No impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,
- c. No otorguen a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados<sup>113</sup>.

Si comparamos el texto citado en el párrafo anterior, podemos evidenciar que es muy similar a la normativa europea, hecho que no resulta para nada extraño, toda vez que dicha legislación fue tomada como base para elaborar la Ley en el Ecuador. Vale dejar en claro que esta igualdad en articulado no significa que se maneje un mismo criterio o línea de análisis en ambas legislaciones. La europea tiene años desarrollándose como se ha visto, mientras que en el Ecuador se están dando los primeros pasos. Hará falta resolución de casos a fin de poder ir generando una línea de criterio y cierta jurisprudencia que nos permita tener un rumbo poco más definido de cómo será el Derecho de Competencia en el país.

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*

Conjuntamente con la Ley, se encuentra el Reglamento a la misma, el cual, sin entrar en precisiones mayores, ha llenado vacíos dejados por la Ley. Por ejemplo, en las ya citadas prácticas restrictivas, el Reglamento, en su artículo 8, trata lo referente a las actuaciones que, por sí, son consideradas contrarias al Derecho de Competencia, las cuales son llamadas prácticas por su objeto. Estas son cuatro:

Se presumirá que tienen por objeto impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afectan negativamente a la eficiencia económica y al bienestar general, todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general cualquier acto o conducta realizados por dos o más operadores económicos, competidores, reales o potenciales, que directa o indirectamente:

1. Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.
2. Repartan, restrinjan, limiten, paralicen, establezcan obligaciones o controlen concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.
3. Repartan de manera concertada clientes, proveedores o zonas geográficas.
4. También están sujetos a la presunción establecida en este artículo los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.<sup>114</sup>

Por otro lado, todo lo que esté fuera de los cuatro supuestos es analizado caso por caso por la entidad reguladora. A estas prácticas, se las conoce como prácticas por su efecto. El mismo artículo establece:

Para los casos de prácticas entre competidores, reales o potenciales, distintas a las señaladas en este artículo, así como las prácticas entre no competidores, reales o potenciales, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado analizará, caso por caso, si la conducta tiene por objeto o efecto, real o potencial, impedir, restringir falsear o distorsionar la competencia, afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup>Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en Registro Oficial, No. 697 (07 de mayo de 2012).

<sup>115</sup> *Ibíd.*

El Reglamento a la Ley ha tratado un punto que debió estar en la Ley, por ser de gran importancia. Es imprescindible tener en cuenta este artículo cuando analicemos si una conducta es contraria o no al Derecho de Competencia, ya que nos da la pauta de cuál es el camino correcto a tomar, si por el objeto o por el efecto.

### **Regla de *mínimis***

Cuando se trató a la legislación europea, evidenciamos la existencia de ciertos umbrales en los cuales las prácticas no se consideraban restrictivas. Esto se conoce como la regla de *mínimis*:

Una de las tesis que ha permitido reducir el alcance de las prohibiciones de los acuerdos restrictivos de la competencia, es la denominada regla de *mínimis*, según la cual, sólo las conductas que afectan la competencia de forma significativa o sensible se encuentran comprendidas dentro del ámbito de la prohibición y, por lo tanto, deben ser sancionadas. Contrario sensu, aquellas que no restringen la competencia de manera significativa, no caen dentro del ámbito de la norma y, en consecuencia, respecto de ellas, las autoridades competentes no están obligadas a seguir un procedimiento (administrativo o judicial), ni a imponer sanciones de ninguna naturaleza.<sup>116</sup>

Esta regla también se la puede encontrar en el Ecuador. En la Ley, de manera general, se establece en el artículo 13: “Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia [...]”<sup>117</sup>.

Se ha dicho de manera general en el párrafo anterior porque el Reglamento a la Ley complementa la regla de *mínimis*. El artículo 9 establece: “Las conductas enumeradas en el artículo anterior se excluyen de la aplicación de la regla de *mínimis* establecida en virtud del artículo 13 de la Ley y conforme este Reglamento.”<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup>Ingrid Ortiz Baquero, “La regla de minimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”. Mercatoria: REVIST@ e, Vol. 8, No. 2 (2009): 3.

<sup>117</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>118</sup> *Ibíd.*

Al igual que en la legislación europea, la regla de *mínimis* es de gran importancia en el Ecuador, ya que permite tomar el camino correcto al momento de analizar cierta actuación que se suponga contraria al Derecho de Competencia. Dada su importancia, es difícil creer cómo algo que la Ley ecuatoriana ha regulado de cierta manera, pasa a ser tratado por el Reglamento de modo distinto, cambiando el espíritu de la Ley. Es menester dar un ejemplo de cómo se aplicaría la regla de *mínimis* en el Ecuador. Para ello, hay que citar el artículo 11 de la Ley, mismo que dice que será sancionado:

“[...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma, manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general:

1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.”<sup>119</sup>

La citada conducta es posible que se dé en una relación de franquicia y estaría amparada por la regla de *mínimis*. Sin embargo, el Reglamento, en el mencionado artículo 9, establece algo distinto, pues según dicho cuerpo normativo no aplica *mínimis* para las conductas del artículo 8 del mismo. El inciso primero de dicha norma dice textualmente: “Fijen de manera concertada o manipulen precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambien información con el mismo objeto o efecto.”<sup>120</sup> Como es apreciable, el texto y las conductas son las mismas, tanto en la Ley como en el Reglamento. No obstante, se da un trato distinto en cada cuerpo normativo, la Ley por jerarquía prevalece sobre el Reglamento; sin embargo, el que se aplica es el segundo, contraviniendo de esa manera la seguridad jurídica. En consecuencia, resulta importante tener en cuenta, el

---

<sup>119</sup> *Ibíd.*

<sup>120</sup> Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Reglamento de la Ley, pues se le ha dado una importancia superior al modificar ciertos aspectos que fueron regulados de manera distinta por la Ley.

### **Constitución ecuatoriana**

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, expedida en el 2011, trae consigo varios considerandos los cuales nos remiten a la Constitución de la República, mismos que son de importancia nombrarlos a fin de contar con un panorama más claro sobre el contexto en el cual se desarrolla la Ley.

Un primer considerando de la Ley señala: “Que, el artículo 283 de la Constitución de la República establece 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.”<sup>121</sup>. La importancia de este considerando es lo relativo al ser humano como sujeto y fin, pues la legislación ecuatoriana fundamenta cualquier tipo de acción relativa al Derecho de Competencia, en primer lugar, buscando que el ser humano no sea perjudicado. Este postulado sin duda alguna influye en cualquier relación contractual, incluyendo a la franquicia.

Otro punto de importancia es el considerando de la Ley que establece: “[...] el mismo que prevé que es uno de los lineamientos para el desarrollo el aportar a la construcción de un sistema económico social, solidario y sostenible, que reconozca las distintas formas de producción y de trabajo, y promueva la transformación de la estructura económica primario-exportadora, las formas de acumulación de riqueza y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo”<sup>122</sup>. Al respecto la franquicia

---

<sup>121</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>122</sup> *Ibíd.*

es una forma de producción y trabajo, una actividad económica, hecho que de por sí, la encasilla para un posible control del Derecho de Competencia.

La Constitución del Ecuador, en su artículo 284, establece las políticas económicas con las cuales ha de regirse toda actividad económica en el país:

La política económica tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.
2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.
3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética.
4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.
5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural.
6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.
7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.
8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.
9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.<sup>123</sup>

El primer punto de este artículo ya se lo trató anteriormente y no es menester volver a repetirlo. El segundo punto es de gran interés, donde el Estado debería enfocarse y buscar que la franquicia sea uno de los caminos para lograr dicho fin. El modelo de negocio que presenta la franquicia es perfecto para que aquellos, con cierto capital, puedan explotarlo en las condiciones que se establecen y que busca el Estado; es decir, esta política pública debe ser supervigilada por los órganos estatales, pero

---

<sup>123</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial, No. 449(20 de octubre de 2008)

permitir a los particulares desarrollarse libremente e incentivar iniciativas como la franquicia, que es un método ideal.

Los puntos 7 y 8 del citado artículo también son alcanzables mediante el desarrollo de la franquicia, mismos que llegan a concordar con uno de los objetivos del Derecho de Competencia, que es alcanzar la mayor eficiencia económica. En definitiva, los mencionados objetivos de la Constitución ayudarían a conseguir una mejor eficiencia económica. De esta manera, el Derecho de Competencia debe estar presto a vigilar las relaciones que nacen del contrato de franquicia, con la finalidad única de cumplir con sus objetivos.

En resumen, la normativa constitucional del Ecuador establece objetivos que se pueden cumplir con el desarrollo de franquicias en el país, siempre con el control del Derecho de Competencia, ya que se pueden cometer abusos en el camino, aún más cuando esta rama del derecho en el Ecuador se la enfoca en un tinte social, teniendo como fin al ser humano. En el medio ecuatoriano, queda claro que la Constitución debe ser tomada en cuenta para tratar a la franquicia y al Derecho de Competencia, al menos en lo referente al artículo citado que se constituye en una plataforma donde la franquicia tiene libertad para desarrollarse.

Se ha estudiado cierta normativa que puede ser aplicada entre el Derecho de Competencia y la franquicia, misma que no es específica para dicho contrato en la mayoría de los casos, especialmente en el Ecuador. Lo más importante de este punto es que se debe tener muy claro que el análisis de la franquicia en la mayoría de veces será caso por caso, a fin de determinar si el contrato específico es contrario al Derecho de Competencia.

### **2.2.2. ¿Cómo se relacionan las cláusulas de no competencia y el contrato de franquicia?**

Dada la naturaleza de la franquicia y los derechos que se involucran en la misma, es de vital importancia que el franquiciante cuente con cierta protección sobre su *know-how*, signos distintivos, *goodwill* y asistencia que ha brindado. En el libro de Ariel Ezrachi, se analiza un proceso ventilado en Europa<sup>124</sup> en el cual se detalla que el franquiciante debe contar con la capacidad para transmitir su *know-how* y demás elementos de su propiedad, sin correr el riesgo de que este pueda beneficiar a sus competidores, incluso indirectamente. En este sentido, se establece que ciertas estipulaciones son esenciales para disminuir el riesgo, las cuales no constituyen una restricción a la competencia<sup>125</sup>. El mencionado autor especifica que no atenta a la competencia una cláusula mediante la cual el franquiciante prohíba al franquiciado, durante el contrato o en un tiempo prudencial después del mismo, abrir tiendas de la misma o similar naturaleza en áreas donde pueda competir con otros franquiciados. Igual consideración se otorga a las cláusulas que impiden al franquiciado transferir su negocio a una tercera persona sin contar con el permiso del franquiciante, lo que se busca con esta prohibición es que terceras personas se beneficien del *know-how* y demás elementos propiedad del franquiciante y de la asistencia que ha brindado al franquiciado<sup>126</sup>.

La relación, como se puede apreciar, es directa. Las cláusulas de no competencia son necesarias en una franquicia para precautelar el esfuerzo del franquiciante, por una parte; y, por otra, para que este modelo de negocio siga

---

<sup>124</sup> Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis. Case 161/84, Court of Justice, 1986.

<sup>125</sup> Ariel Ezrachi, "EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases", (Oxford: Hart Publishing, 2012), 157.

<sup>126</sup> *Ibíd.*

expandiéndose. En el caso de no permitir este tipo de cláusulas, sería lógico que un franquiciante no desee expandirse con este modelo, debido a que su éxito y esfuerzo no se compensarían de la mejor manera, facilitando el progreso de personas que no han invertido todos sus esfuerzos.

Partiendo de las características de la franquicia y de los tipos de franquicia que existen, teniendo en cuenta que no todas son iguales, es de gran importancia establecer que protección otorgan las cláusulas de no competencia y sobre que elementos de la franquicia recaen específicamente.

A criterio personal, una franquicia debería reunir todos los elementos característicos que fueron indicados en el primer capítulo, no podría girar solamente en torno a la licencia de signos distintivos. Al ser la franquicia un modelo que permite un amplio espectro de desarrollo, es posible encontrarse con aquellas donde es más relevante, por ejemplo, el *know-how*, mientras que en otras lo son los signos distintivos o la asistencia que se brinda. Ya todo dependerá de cómo ha sido desarrollado ese modelo, pero siempre deberían estar todos presentes.

Nuevamente, aventurando un criterio personal, las cláusulas de no competencia en la franquicia tienen su razón de ser principalmente en la protección del *know-how* y asistencia brindada, dejando en un plano ligeramente secundario a los signos distintivos y *goodwill*. Esta idea encuentra su fundamento en que los signos distintivos, pese a ser de gran importancia, pueden ser transmitidos por una licencia que autorice al tomador su uso y explotación, pero eso no basta para asegurarle un cierto éxito, ya que podría gestionar mal su negocio y los signos distintivos ya no serían un atractivo, lo que sí se logra con el *know-how* y asistencia brindada, que dotan de experiencia al tomador, en este caso franquiciado. “Si el acuerdo de franquicia implica sólo o principalmente la mera licencia de DPI, no está cubierto por el Reglamento de

Exención por Categorías, aunque la Comisión, por regla general, le aplicará los principios establecidos en el presente Reglamento de Exención por Categorías y en las presentes Directrices”<sup>127</sup>. El texto citado es tomado de las Comunidades Europeas, el cual soporta la idea que se desea establecer.

El uso de un signo distintivo exclusivamente, por ejemplo, se lo puede encontrar cuando el titular autoriza el uso de una marca de ropa a un tomador para que identifique a sus productos con dicha marca. Como se aprecia, es un contrato simple, que no amerita una protección de no competencia. Lo que se pactaría es que la ropa sea de tal o cual calidad, y que la marca no sea transferida a terceros, pero no se ha traspasado un procedimiento de fabricación o distribución de la ropa, que puede ser indispensable para el éxito del negocio. Por otro lado, en la franquicia, la protección es diferente, al existir ese proceso único que garantiza de cierta forma el éxito y una capacitación constante que la recibe el franquiciado. El franquiciante debe proteger que dicha información no sea utilizada por el mismo franquiciado para su desarrollo en un negocio con otros signos distintivos que compita directamente o que terceros puedan hacerlo de la misma forma. Nuevamente se aprecia que, en ciertos casos, los signos distintivos pasan a un plano ligeramente secundario.

Se podría catalogar, por ejemplo, a las franquicias de comida rápida como aquellas donde los signos distintivos adquieren mayor valía, ya que distinguen su calidad por sobre negocios similares. En estos casos, el franquiciante se protege en el sentido que dichos signos no puedan ser utilizados fuera del ámbito y territorio que le ha sido concedido al franquiciado, lo cual es una protección distinta a la no competencia. Por ejemplo, la prohibición al franquiciante de transferir a terceros los derechos sobre los signos o de establecer con los mismos signos un local en otra zona,

---

<sup>127</sup> Comunidades europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, 19.

a criterio personal, esto no amerita una protección de no competencia, sino una sobre los signos distintivos dentro del Derecho de Propiedad Intelectual. En el mismo supuesto, el franquiciado recibe los manuales que el franquiciante ha desarrollado, con los procedimientos de distinto tipo que buscan asegurar el éxito y le indican cómo ha de llevarse el negocio. Sobre estas creaciones del franquiciante, cabe una protección de no competencia. Un ejemplo de lo anterior es si el franquiciado establece un negocio del mismo giro a pocas cuadras de la franquicia, pero con otros signos distintivos, aprovechándose del *know-how* y conocimientos que adquirió del franquiciante. Parecería que la protección de no competencia toma mayor valor e importancia, además es apreciable que los signos pasan a un lugar ligeramente secundario.

Por otro lado, hay franquicias, donde el procedimiento aplicado (*know-how*) y el estricto cumplimiento de los manuales son necesarios y de vital importancia, donde tal vez los signos son relevantes, pero no tanto como los anteriores elementos. Estas franquicias, generalmente las de servicios, requieren una protección de no competencia, ya que todo lo desarrollado por el franquiciante debe estar resguardado para que no pueda ser replicado por el franquiciante en un negocio dentro del mismo giro, durante la relación contractual y durante un periodo prudente después de la misma.

Como un segundo punto, Ariel Ezrachi, menciona que el franquiciante debe contar con la posibilidad de tomar las medidas necesarias para mantener la identidad y reputación de su red de franquicias, lo cual implica su nombre y marca<sup>128</sup>, medidas que no pueden ser consideradas contrarias al Derecho de Competencia.

Esta facultad otorgada al franquiciante no debe ser entendida como un beneficio exclusivo de él, lo cual sería un error ya que la protección sin duda alguna se extiende

---

<sup>128</sup> *Ibíd.*

a todos los franquiciados, hasta los que no se encuentran en el mismo territorio. En base a este análisis, no sería nada ilógico que un franquiciado pueda ejercer acciones que busquen precautelar los derechos que le han sido concedidos, así como derechos que sean comunes a todos los franquiciados, dentro de los cual tenemos acciones judiciales tendientes a respetar aspectos contractuales o administrativas que busquen corregir alguna restricción a la competencia que no se justifique.

La sentencia de la Corte, que es estudiada por Ezrachi, realiza un interesante análisis sobre la decisión del franquiciado, estableciendo que ninguna persona formaría parte de una cadena (de franquicia), invirtiendo su dinero, pagando un derecho de ingreso y regalías anuales, sin contar con una protección contra la competencia, la cual debe ser otorgada por el franquiciante<sup>129</sup>. En este sentido, la protección que detalla la Corte es sobre otros franquiciados, estableciendo el ejemplo de que el franquiciante debería abstenerse de otorgar franquicias en áreas contiguas, que afecten a un franquiciado que ya goza de cierto derecho sobre esa zona. Esta protección es posible únicamente con cláusulas de no competencia. Otro ejemplo, es el impedimento que un franquiciado pueda abrir una segunda tienda sin el consentimiento del franquiciante.

La Comisión Europea ha establecido que las cláusulas de no competencia deben cumplir un propósito y deben estar limitadas a cumplir el mismo. Por otro lado, menciona un límite temporal, el cual tiene estrecha relación a los fines que desean cumplir<sup>130</sup>. De ahí que, en una franquicia, se ha visto conveniente que estas cláusulas puedan ser establecidas durante la relación contractual y posterior a la misma, pero nunca de manera indefinida.

---

<sup>129</sup> Ezrachi, "EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases", 158.

<sup>130</sup> *Ibíd*, 98.

Los autores Richard Whish y David Bailey, en su obra *Competition Law*, tratan la franquicia, estableciendo que es un modelo de negocio que permite a una persona montar y desarrollar una industria en un período de tiempo determinado, mientras dura el contrato de franquicia. Los autores establecen que existen dos momentos de competencia en la franquicia. El primer momento sucede cuando el franquiciante ofrece al mercado su franquicia, donde los potenciales franquiciados pugnan por el derecho a formar parte de la red. En este primer momento, existe plena competencia. El segundo momento inicia cuando se otorga la franquicia a una persona determinada. En este caso, ya no existe una libre competencia, ya que el franquiciante debe asegurar al franquiciado cierta zona donde no concederá más derechos a terceros<sup>131</sup>. Estos autores comparten la misma visión del ya citado Ariel Ezrachi.

Autores de habla hispana, como Ailed Morejón Grillonos, dicen lo siguiente sobre las cláusulas de no competencia y la franquicia: “En este sentido el franquiciante intenta evitar, a través de una cláusula inserta en el convenio, que el franquiciado, participe de negocios competitivos durante el tiempo de la franquicia y por un tiempo posterior al cese de ésta”<sup>132</sup>. El autor, al referirse a negocios competitivos, ciertamente no habla de utilizar los signos distintivos, sino de la actividad que el negocio explota, lo cual está en concordancia a lo indiciado anteriormente, en el sentido de que las cláusulas de no competencia protegen al *know-how* y asistencia brindada principalmente, ya que el negocio competitivo puede establecerse con distintos signos, pero aprovechando los dos elementos mencionados. De igual manera, se destaca que este tipo de cláusulas tienen la finalidad de evitar la competencia desleal que el franquiciado puede verse tentado a cometer. Lorena Castellanos nos dice que “es una previsión legal contenida en una cláusula específica del contrato de franquicia que, por

---

<sup>131</sup> Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 7th ver, (Oxford: University Press, 2012), 10.

<sup>132</sup> Morejón, “El contrato de Franquicia”, 29.

un lado, pretende evitar la posibilidad de que el franquiciante realice actos de competencia desleal que perjudiquen a su propia red de distribución y, por lo mismo, al franquiciado [...]”<sup>133</sup>. Partiendo que este tipo de cláusulas pueden tener una vigencia durante la relación contractual o posterior a la misma.

Retomando a Osvaldo J. Marzorati, nos dice: “El franquiciante tiene interés en que se introduzcan en el contrato cláusulas de no competencia, que significan que el franquiciado no ingresará en negocios competitivos durante el término de la franquicia ni por un período posterior a su finalización”<sup>134</sup>. Nuevamente, se puede constatar que la importancia de estas cláusulas en la franquicia gira en torno a evitar que el franquiciado, sea de manera directa o no, opere o sea parte de negocios del mismo giro y se aproveche de los procedimientos y enseñanzas otorgadas por el franquiciante, ya que, sin duda alguna, los signos distintivos no los podrá utilizar porque la licencia de uso no la tendrá, pero los otros elementos podrían ser utilizados con las dificultades para el franquiciante de demostrar dicha utilización.

Partiendo del hecho de que, en una relación de franquicia, existe un traspaso de conocimiento del franquiciante al franquiciado, la Comisión Europea establece lo siguiente: “La transferencia de conocimientos técnicos sustanciales [...] justifica generalmente una obligación de no competencia para toda la duración del acuerdo de suministro, como, por ejemplo, en una situación de franquicia”<sup>135</sup>. Es decir, una de las características de la franquicia, acarrea consigo una excepción que permite el establecimiento de cláusulas de no competencia, lo cual es de gran importancia, ya que se ha evidenciado la apertura que tiene la franquicia para desarrollarse.

---

<sup>133</sup>Castellanos, “El contrato de franquicia en el comercio internacional”, 112.

<sup>134</sup>Marzorati, “Franchising”, 30.

<sup>135</sup>Comunidades Europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, 53.

El ya citado Marzorati, mantiene un pensamiento similar al citado de la Unión Europea, al expresar: “Es esta característica de originalidad del *know-how* lo que hace confidencial la información transmitida y necesarias las cláusulas de no competencia, tanto durante la vida del contrato como luego de su terminación”<sup>136</sup>.

Parece ser que los autores coinciden en que las cláusulas de no competencia tienen dos momentos, durante la relación contractual y posterior a la misma, también coinciden que estas cláusulas son importantes a fin de evitar perjuicios para todas las partes involucradas. Por otro lado, se coincide que la protección otorgada por una cláusula de no competencia recae esencialmente sobre el *know-how* del franquiciante y asistencia brindada, lo cual tangencialmente interesa al franquiciado, pues ninguno desea que terceras personas aprovechen el modelo de negocio que están desarrollando.

Las cláusulas de no competencia, vistas desde el ámbito del Derecho de Competencia, son justificables cuando se deba proteger el *know-how* y asistencia del franquiciante, quedando en un plano ligeramente inferior la protección que se otorga a los signos distintivos y *goodwill*, los cuales pueden ser protegidos por el Derecho de Propiedad Intelectual directamente. Si una franquicia no cuenta con un *know-how* y asistencia del franquiciante, a criterio personal, no es franquicia, solamente constituiría una licencia de uso de signos distintivos y del prestigio con el que cuentan los mismos. Por otro lado, cabe destacar que estas cláusulas deben estar justificadas.

### **2.2.3. Normativa ecuatoriana relativa a cláusulas de no competencia y el contrato de franquicia. Sanciones aplicables.**

Hasta el momento se abordó la normativa referente a las infracciones que se pueden cometer cuando se desarrolla un contrato de franquicia. Ahora se debe analizar

---

<sup>136</sup>Marzorati, “Franchising”, 43.

qué establece la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en cuanto a las sanciones que el ente regulador puede aplicar y qué posibilidades tiene el operador económico.

El artículo 73 de la Ley establece que el ente regulador puede aplicar medidas correctivas las cuales buscan “restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente”<sup>137</sup>. La legislación establece que estas medidas son de tres tipos:

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos<sup>138</sup>.

Es importante mencionar que estas medidas correctivas están supeditadas a un proceso de investigación de la entidad de control, la cual, en base a un informe técnico establecerá la necesidad de aplicar dichas medidas. Por otro lado, la Ley establece que la aplicación de estas medidas no cierra la posibilidad que se apliquen las sanciones que la legislación otorga<sup>139</sup>.

En caso de que los operadores económicos no cumplan con las medidas correctivas establecidas, el ente de control tiene la facultad establecida en el artículo 76 de la Ley:

- a) Ordenar medidas correctivas adicionales,
- b) Aplicar las sanciones previstas en la sección siguiente; y,
- c) En el caso del abuso de poder de mercado y acuerdos colusorios, designar un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados, con la finalidad de supervigilar el cumplimiento de las medidas correctivas. El Reglamento General a esta Ley establecerá los deberes y facultades de dicho interventor<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>138</sup> *Ibíd.*

<sup>139</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 74.

<sup>140</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El interventor, de manera general, tendrá facultades de vigilancia sobre el operador económico, sobre sus actividades y, especialmente, en su administración, pudiendo solicitar información necesaria a sus administradores con la finalidad de encaminar las actividades en respeto del Derecho de Competencia<sup>141</sup>.

En cuanto a las sanciones que se pueden imponer, el artículo 77 de la Ley establece un punto de gran importancia: “A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”<sup>142</sup>. En la franquicia, por su conformación, este párrafo de la Ley puede ser plenamente aplicable si el franquiciado comete un ilícito, el franquiciante podría verse involucrado y afectado en el proceso de investigación o sanción.

Se establecen tres grados de infracciones, leves, graves y muy graves. Las infracciones leves no son materia de análisis en este trabajo. El artículo 78 de la Ley en su numeral 2do establece las infracciones graves, entre las cuales se debe resaltar:

- a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.
- b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.
- c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.
- e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 91.

<sup>142</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

<sup>143</sup> *Ibíd.*

El mismo artículo establece en el numeral 3ero cuáles son las infracciones muy graves. Hay que tener especial atención al literal a, ya que se puede confundir con una infracción grave. No obstante, su diferencia está dada en el hecho de que los operadores económicos sean o no competidores entre sí:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.

b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos<sup>144</sup>.

Como es apreciable, las cláusulas de no competencia pueden ser tratadas como una falta grave o muy grave, dependiendo de la situación.

El artículo 79 de la Ley establece los porcentajes de las multas que se deben aplicar. Para faltas leves se impondrá una multa de hasta el 8%, infracciones graves 10% y por último para las muy graves 12%; multas que se calcularán sobre el volumen de negocios total, punto en el cual nuevamente la franquicia toma importancia ya que la Ley establece: “El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros”<sup>145</sup>. Se podría considerar que los franquiciados son miembros de la franquicia, es decir, el volumen de negocio abarcaría las actuaciones de cada uno de ellos, con lo cual la multa podría llegar a ser muy alta. En fin, dependerá de la situación específica y el tratamiento que el ente de control establezca, el cual debe ser claro y ecuánime.

En los casos donde no se pueda determinar el volumen de negocios, la Ley ha establecido márgenes:

---

<sup>144</sup> *Ibíd.*

<sup>145</sup> *Ibíd.*

1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.
2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.
3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas<sup>146</sup>.

La Ley determina que, de existir una reincidencia, la multa será en las mismas proporciones. Así mismo, determina agravantes en su artículo 81, una de ellas la ya mencionada reincidencia, siendo la otra de importancia en este caso “La posición de responsable o instigador de la infracción”<sup>147</sup>. Esto se podría decir que encaja a la perfección en el evento de que el franquiciante ordene a sus franquiciados incurrir en alguna de las infracciones tipificadas. En este caso, el franquiciante podría recibir una sanción más fuerte que sus franquiciados.

También se determinan ciertas circunstancias atenuantes en el artículo siguiente, entre las cuales destaca “La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas”<sup>148</sup>. Esto es plenamente aplicable en la franquicia si los franquiciados, pese a mantener reuniones con el franquiciante y, por sobre las directrices que este fije, no llegan a cometer los ilícitos que hayan acordado. Otro de los atenuantes consiste en “La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción”<sup>149</sup>. Al igual que en el caso anterior los franquiciados pueden directamente realizar acciones por sus propios medios a fin de culminar con cualquiera actuación contraria a la Ley.

El artículo 80 de la Ley establece que el importe de la sanción se fijará en base a los siguientes parámetros:

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
- c. El alcance de la infracción.
- d. La duración de la infracción.
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.

---

<sup>146</sup> *Ibíd.*

<sup>147</sup> *Ibíd.*

<sup>148</sup> *Ibíd.*

<sup>149</sup> *Ibíd.*

- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables<sup>150</sup>.

La normativa establece ciertas actuaciones que pueden ser tomadas como atenuantes para el importe de la multa, las cuales son de importancia, aún más cuando la franquicia involucra a varios operadores económicos, En este sentido, hay que destacar lo siguiente del artículo 84 de la Ley:

1. La primera empresa u operador económico o persona natural que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50%.
2. La segunda empresa u operador económico o persona natural podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y el 30%.
3. Las sucesivas empresas u operadores económicos o personas naturales podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20% del importe de la multa<sup>151</sup>.

En la franquicia aplicaría cuando los franquiciados aporten información y elementos que permitan al ente regulador investigar de mejor manera las posibles infracciones que se estén cometiendo.

El artículo siguiente de la Ley establece la posibilidad de imponer multas coercitivas:

[...] independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas [...]<sup>152</sup>.

Estas multas buscan obligar a los operadores económicos, entre otros, a “[...] cesar en una conducta prohibida o que hubiere sido sancionada conforme a lo dispuesto en esta Ley”<sup>153</sup>. Las demás circunstancias no son de relevancia ya que determinan obligaciones de colaboración o cumplimiento de sanciones impuestas.

---

<sup>150</sup> *Ibíd.*

<sup>151</sup> *Ibíd.*

<sup>152</sup> *Ibíd.*

<sup>153</sup> *Ibíd.*

Algo que se debe tener presente y que puede tener gran repercusión en el *goodwill* de una franquicia y de su marca es la publicidad de las sanciones impuestas, lo cual está determinado en la Ley de la siguiente manera: “**Art. 87.-** Publicidad de las sanciones.- Serán de conocimiento público y publicadas, en medios de amplia difusión, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones en firme impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida”<sup>154</sup>. En este caso, el franquiciante debe tener especial atención a la actuación de sus franquiciados para que no incurran en una falta que pueda ser sancionada.

Un operador económico tiene algunas opciones cuando un proceso sea iniciado en su contra.

La primera opción es presentar un compromiso de cese, el cual será analizado por la entidad reguladora a fin de aceptarlo o no. El artículo 89 de la Ley establece:

Hasta antes de la resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el o los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso por medio del cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas<sup>155</sup>.

El compromiso de cese presentado puede ser aceptado en su totalidad por el ente regulador, modificado por este o desestimado. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha establecido una serie de normativas secundarias a fin de instrumentar los compromisos de cese, entre aquellas tenemos la Resolución No. SCPM-DS-029-2015<sup>156</sup>, la cual establece los lineamientos a fin de presentar estos compromisos, la Resolución No. SCPM-DS-033-2015<sup>157</sup> que modifica en parte la

---

<sup>154</sup> *Ibíd.*

<sup>155</sup> *Ibíd.*

<sup>156</sup> Publicada el 16 de abril de 2015.

<sup>157</sup> Publicada el 20 de mayo de 2015.

resolución anterior y, por último, existe un Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Todo compromiso de cese lleva consigo la obligación del operador económico de subsanar los daños y perjuicios ocasionados hasta la fecha. Por este motivo, es importante tener en cuenta que cuanto antes se presenta el compromiso de cese, el importe de subsanación será menor.

La segunda opción con la que cuenta un operador económico, la cual aplica solamente a las prácticas horizontales, es acogerse al régimen de clemencia, lo cual ya fue analizado de cierta forma en líneas anteriores. Es importante señalar que esta solicitud trae consigo aportar pruebas o elementos que permitan al ente regulador determinar circunstancias sobre las infracciones que investiga. Entre los puntos más importantes a destacar, es que el operador económico debe ser el primero en acudir, así lo determina el artículo 83 de la Ley. Las conductas que son bien vistas básicamente giran en torno a la cooperación que se brinde, poner fin cualquier tipo de participación en una posible infracción, no destruir documentos o elementos de prueba y no incitar a otros operadores a incurrir en infracciones<sup>158</sup>. El efecto de pedir clemencia es la reducción o no aplicación de multas.

La tercera opción es acudir al proceso administrativo con la finalidad de defenderse, lo cual puede extenderse hasta la vía judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo.

---

<sup>158</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 83.

#### **2.2.4. ¿Cómo debería actuar la entidad de control ecuatoriana al analizar el contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia?**

Como se ha podido evidenciar, existen diferentes tipos de infracciones que se pueden cometer. Para determinar si cierta actuación debe ser sancionada, la entidad de control debería seguir los siguientes pasos:

- En primer lugar, es indispensable determinar si la parte o partes investigadas son o no operadores económicos de acuerdo a lo establecido en la Ley. A decir de nuestra normativa son “personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”<sup>159</sup>. Con base en esta definición, una relación de franquicia cumpliría todos los presupuestos para que sus partícipes sean operadores económicos.

- El segundo paso es definir el mercado relevante, el cual puede ser de productos o servicios, donde se deben analizar los posibles sustitutos. Después se analiza el mercado geográfico. El artículo 5 de la Ley establece cómo se determina el mercado relevante.

- Se debe determinar qué tipo de práctica se analiza, según nuestra Ley existen cuatro tipos de prácticas: a) los que requieren de poder de mercado, tales como abusos explotativos, abusos exclusorios y abusos en situación de dependencia económica; b) acuerdos o prácticas prohibidos, los cuales no requieren de poder de mercado; c) prácticas desleales, al igual que las anteriores no requieren de poder de mercado; y, d) concentraciones económicas.

---

<sup>159</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Art. 2.

Se determinó que las cláusulas de no competencia deben ser examinadas caso por caso, es un punto de vital importancia que la entidad de control debe tener presente a fin de no cometer errores, analizando si las cláusulas establecidas son necesarias o no.

En este punto, se debe evaluar si aplica la regla de *mínimis* o alguna exención dada por la Ley.

- El último paso sería aplicar el correctivo adecuado según lo determinado en la Ley.

El artículo 38 de la Ley establece las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro de las cuales podemos resaltar las siguientes:

1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias.

2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.

[...]

6. Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación.

[...]

22. Disponer la suspensión de las prácticas y conductas prohibidas por esta Ley.

23. Establecer y mantener un registro actualizado de los operadores económicos y su participación en los mercados.

24. Proponer la remoción de barreras, normativas o, de hecho, de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos.

27. Proponer y dar seguimiento, a la simplificación de trámites administrativos con la finalidad de promover la libre concurrencia de los operadores económicos en igual de condiciones a los diferentes mercados<sup>160</sup>.

Como se puede apreciar, las facultades son, por un lado, de investigación de las posibles conductas que pueden considerarse infracciones y, por otro lado, aplicar las

---

<sup>160</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

medidas correctivas. Aun en las conductas estudiadas que, por su naturaleza *per se*, son consideradas contrarias al Derecho de Competencia, debe existir una fase de investigación, un proceso de defensa de los operadores implicados, una resolución y, por último, la aplicación de la medida correctiva.

Además de lo establecido, la entidad de control tiene la posibilidad de dictar medidas preventivas, mismas que están determinadas en el artículo 62 de la Ley:

El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar<sup>161</sup>.

Esta facultad debe ser tomada con precaución, más aún en cuanto a la franquicia. La entidad de control no debe dictar medidas por una posibilidad. Debe estar bastante segura de aplicar u ordenar medidas de este tipo, las cuales si no se aplican correctamente pueden ser más perjudiciales que la conducta que se busca corregir o sancionar.

Como se aprecia, las facultades del ente regulador son amplias desde el inicio de un proceso de investigación. Por estas consideraciones, al ser una materia nueva en el derecho ecuatoriano y en el ámbito comercial, toda situación debe ser correctamente analizada a fin de ir creando un criterio uniforme que pueda ser utilizado como referencia en casos futuros.

Para poder analizar de manera correcta un modelo de negocio o un contrato, se debe conocer sus características, tanto principales como secundarias. La franquicia,

---

<sup>161</sup> *Ibíd.*

como se ha observado, cuenta con aspectos que la diferencian de otros modelos y contratos, lo cual resulta de gran importancia para no confundir a la franquicia con otras formas de negocio. La entidad de control no solamente debe contar con expertos en Derecho de Competencia y ramas afines, debe tener un apoyo constante de personas conocedoras de los diferentes contratos, modalidades y tipos de contratación que se producen en el día a día.

Aun en las conductas que por su objeto son consideradas como contrarias al Derecho de Competencia, la entidad de control debe tener especial cuidado si existe un contrato de franquicia de por medio, sin significar esto que la franquicia sea un medio idóneo para evadir controles o realizar prácticas que puedan ser consideradas infracciones, pues no lo es y está bajo el mismo control que toda actividad diaria, con las premisas que deben ser consideradas y el análisis de la situación específica.

## CONCLUSIONES

El Derecho de 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 pueden dar restricciones a la competencia.

En el 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 contratos y cláusulas.

Un tratamiento equivocado sobre las cláusulas de no competencia en el derecho de franquicia; o, de manera más general, una errónea conceptualización del Derecho de Competencia, puede generar muchos inconvenientes a franquiciantes y franquiciado, debido a que no podrán desarrollar su contrato y negocio como lo han deseado. La franquicia podrá verse seriamente afectada si no se decide bien al momento de analizarla en el ámbito del Derecho de Competencia. Podría inclusive

asegurarse que un enfoque incorrecto acarrearía la desaparición de éste exitoso modelo de negocio.

La relación entre contrato de franquicia y las cláusulas de no competencia es directa, hecho que habilita una redacción constante de este tipo de cláusulas. Lo indicado no significa que se pueda colocar cualquier estipulación contractual, El límite está dado por la necesidad, lo cual se traduce en que las cláusulas deben ser correctamente estudiadas y redactadas, a fin de no causar confusión y demostrar que no son un capricho de una de las partes, respondiendo a una necesidad. En conclusión, se debe contar con un asesoramiento eficaz y especializado en la redacción de estas cláusulas en un contrato de franquicia, lo que evitaría, sin dudas, que se cometa algún ilícito contra la competencia.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y revistas

- Adame Goddard, Jorge. “¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 102, 2001.
- Alba Aldave, María Cristina. “Las Franquicias en México: Una Nueva Visión”. México DF: Fondo Editorial FCA, 2004.
- Beatty, Jeffrey F., Samuelson, Susan S. y Sánchez Abril, Patricia. *Introduction to Business Law*, 5th ed. Boston: Cengage Learning, 2014.
- Bermúdez González, Guillermo J. “La franquicia: elementos, relaciones y estrategias”, Madrid: Esic, 2002.
- Betancur, Belisario. *Aproximación al derecho de competencia*, 25-31, Bogotá, 1998. En Velilla, Marco. “Derecho de la Competencia”, Bogotá: El navegante editores, 1998.
- Buquet Segarra, Annie, “La regulación jurídica del contrato de franquicia (ii): franquicia y derecho de la competencia”, <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/franquicias/la-regulacion-juridica-del-contrato-de-franquicia-ii-franquicia-y-derecho-de-la-competencia>>
- Castellanos Peñafiel, Lorena. “El contrato de franquicia en el comercio internacional”. Foro: revista de derecho. 5. Quito: UASB-Ecuador ICEN, 2006.
- Celani, Marcelo y Stanley, Leonardo. *Defensa de la Competencia en Latinoamérica: Aplicación sobre Conductas y Estrategias*. Buenos Aires: CEPAL, Naciones Unidas, 2005.

- Cockburn, Ian, “Franquicias y licencias: ¿Qué son y en qué medida pueden beneficiarnos?”, <<http://www.wipo.int/sme/es/documents/franchising.htm>>
- Creus Carreras, Antonio, Amador Peñate, Olivia y Pérez Olmo, Gerard. *Código de Derecho de la Competencia*. Madrid: Gráficas Muriel S.A., 2006.
- Díez Estella, Fernando, “¿Qué queda del nuevo enfoque de la prohibición del abuso de posición dominante en la UE? Comentario a la Decisión INTEL, de 13 de mayo de 2009”, <[http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/comentario\\_INTEL\\_%2082010%29.pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/comentario_INTEL_%2082010%29.pdf)>
- Domínguez Leandro, José. “Los acuerdos de franquicia a la luz del nuevo reglamento comunitario de exención por categorías aplicable a las restricciones verticales”. <<http://www.mundofranquicia.com/reportaje.php?num=563>>.
- Ezrachi, Ariel. *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- Farina, Juan M. “Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial”. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- Fernández Torres, Isabel. “Regulación Sectorial y Derecho de la Competencia: Compresión de Márgenes en el Mercado de Telecomunicaciones”, Madrid: Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense, 2011.
- Ferrándiz Gabriel, José Ramón, “Jurisprudencia sobre Propiedad Industrial, Publicidad y Derecho de la Competencia”. Madrid: La Ley, 2007.
- Flint, Pinkas. “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

- Gómez Cáceres, Diego y Cristóbal Cárle, Gregorio, *Los contratos en el marketing internacional*, Madrid: Esic Editorial, 2004.
- Herrero Suarez, Carmen. “Los contratos vinculados (*tying agreements*) en el derecho de la competencia”. Madrid: La ley, 2006.
- Herrero Suárez, Carmen. “Los contratos vinculados (*tying agreements*) en el derecho de la competencia”. Madrid: La Ley, 2006.
- Lecompte Vergara, Isabella y Visbal Otero, Michelle, *La responsabilidad del franquiciante y Franquiciado frente al consumidor*, Bogotá: Univ. Estud. Bogotá N° 10, 2013.
- Lele, Milind M. “Desarrollo de apalancamiento estratégico: cómo hacer que coincidan los puntos fuertes de la empresa con las oportunidades del mercado”, Madrid: Ediciones Díaz de Santos S.A., 1995.
- Llobregat Hurtado, Luisa, “Temas de Propiedad Industrial”, 2da ed., Madrid: La Ley, 2007.
- M. Davis, Scott “La Marca: máximo valor de su empresa”. México: Pearson Educación de México, 2002.
- Maldonado Calderón, Sonia, “El contrato de franchising”, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Marzorati, Osvaldo J. “Franchising”. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- Miquel Peris, Salvador, Parra Guerrero, Francisca, Lhermie Christian y Miquel Romero, María José, *Distribución Comercial*, 6ta ed., Madrid: Esic Editorial, 2008.
- Miranda Londoño, Alfonso. “Los Acuerdos Anticompetitivos de Repartición de Mercados”. Contexto.
- Moncayo Aguiar, Osvaldo. “Las franquicias en el Ecuador”, Quito: UCT, 2007.

- Morejón Grillo, Ailed, “El Contrato de Franquicia”, ISBN-13: 978-84-692-0134-3 N°  
Registro: 09/21475.
- Morejón Grillo, Ailed. “El contrato de Franquicia”. Cuba: Universidad de Cienfuegos  
Carlos Rafael Rodríguez.
- Mosquera Muñoz, Felipe. “La franquicia una estrategia de crecimiento empresarial”.  
Revista Mba Eafit, (2010).
- Nadal, Santiago, “Defensa de la Competencia y Competencia Desleal son realidades  
que son confundidas con frecuencia. Este artículo intenta delimitar los dos  
conceptos”, <<http://www.snabogados.com/blog/defensa-de-la-competencia-y-competencia-desleal/>>
- Ortiz Baquero, Ingrid. “La regla de mínimis en el ámbito de los acuerdos restrictivos  
de la libre competencia”. Mercatoria: REVIST@ e, Vol. 8, No. 2 (2009).
- Palacios, Mariano. “Cláusulas de no-competencia en el contrato de franquicia”.  
<<http://www.infofranquicias.com/cd-10414/Clausulas-de-no-competencia-en-el-contrato-de-franquicia.aspx>>
- Quiles, Carmen, Oiver Gast y Josep Gajo. *Introducción a la franquicia*. Valencia:  
Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1992.
- Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23era ed. Madrid:  
Espasa, 2014.
- Rojas Covarrubias, Nicolás. *Restricciones verticales a la competencia en el ámbito del  
retail*, 175-210, Santiago de Chile, 2010. En Montt Rettig, Paulo. “Libre  
competencia y retail: un análisis crítico”, Santiago de Chile: Abeledo-Perrot,  
2010.
- Romero, Antonio y González, Carlos E. *Condiciones generales de competencia en  
Guatemala*. Santiago de Chile: CEPAL – Naciones Unidas, 2006.

- S. Rogers, Edward. “Goof Will Trade Marks and Unfair Trading”. New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd, 2002.
- Tábora, Marlon. “Condiciones Generales de Competencia en Honduras”, México D.F.: CEPAL, Serie de Estudios y perspectivas, Naciones Unidas, 2007.
- Vaquero Aloy, Antoni, Bosch Capdevila, Esteve y Sánchez González, María Paz. *Derecho europeo de los contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Velilla, Marco. “Derecho de la Competencia”, Bogotá: El navegante editores, 1998.
- Whish, Richard y Bailey, David. *Competition Law*. 7th ver (Oxford: University Press, 2012).
- Zurimendi Isla, Aitor. *Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia*, 746-780, Madrid, 2010. En Alonso Ureba, Alberto, dir. “Los contratos de distribución”, Madrid: La Ley, 2010.
- Las normas de la competencia en los acuerdos de suministro y distribución*. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, <doi: 10.2763/68695>, 2012.
- Protección de la competencia*. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, <<http://www.sic.gov.co/drupal/que-es-la-libre-competencia>>.
- Signos distintivos*. Oficina Nacional de la Propiedad Industrial (ONAPI) de República Dominicana, < <http://www.onapi.gov.do/signosdistintivos.html>>.

## **Legislación**

- Comunidades Europeas. *Directrices relativas a las restricciones verticales*, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 291, 2000.
- . *Reglamento (UE) No 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y*

*prácticas concertadas”*, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 102, 2010.

-----. *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, C 326, 2012, 88-9.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555, 13 de octubre de 2011.

-----. *Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 697, 07 de mayo de 2012.

-----. *Constitución de la República del Ecuador*. *Registro Oficial No.* 449, 20 de octubre de 2008.

-----. *Ley de Compañías*. *Registro Oficial No.* 312, 05 de noviembre de 1999.

-----. *Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II Ley Mercado Valores*. *Registro Oficial Suplemento No.* 215, 22 de febrero de 2006.

Federación Europea de la Franquicia, *Código Deontológico Europeo de la Franquicia*,

<[http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo\\_Deontologico\\_Europeo\\_franquicia.pdf](http://www.guia.ceei.es/archivos/Documento/Codigo_Deontologico_Europeo_franquicia.pdf)>

## **Jurisprudencia**

Argentina. Cámara Nacional Comercial Sala A, [Prensiplast S.A. vs. Petri S.A.] *Expediente* 68.214 en Registro de Cámara 103.569/1998, 08 de noviembre de 1997.

Chile. Corte Suprema, [ADISERV S.A., ADICORP S.A. vs. Bordachar Boetto, Pedro Pablo] *Fallo*: 5.152-2009, 20 de mayo de 2009.

España. Audiencia Provincial de Madrid, [HOUSE MARKET SYSTEM, S.L. vs. Don Narciso] *Fallo*: 350/2015, 04 de diciembre de 2015.

-----. Tribunal de Defensa de la Competencia, [FOODSERVICE vs. MERCAT] *Fallo*: A 313/02, 08 de abril de 2003.

## APÉNDICE UNO

Ejemplo de franquicia:

Un fabricante ha desarrollado un nuevo formato para la venta de golosinas en las llamadas «tiendas de chucherías» donde las golosinas pueden colorearse a gusto del consumidor. El fabricante de golosinas también ha desarrollado las máquinas para colorear las golosinas. También produce los líquidos colorantes. La calidad y la frescura del líquido son de importancia vital para producir buenas golosinas. El fabricante ha logrado con sus golosinas un éxito gracias a una serie de comercios al por menor propios, que actúan todos con el mismo nombre comercial y con una imagen uniforme (estilo de decoración de los establecimientos, publicidad común, etc.). Para ampliar las ventas, el fabricante ha empezado a aplicar un sistema de franquicia. Los franquiciados están obligados a comprar las golosinas, el líquido y la máquina de colorante al fabricante, a mantener la misma imagen y operar con la marca registrada, a pagar un canon de franquicia, a contribuir a la publicidad común y a garantizar el secreto del manual de instrucciones elaborado por el franquiciador. Además, sólo se permite a los franquiciados vender en los locales acordados y a los usuarios finales o a otros franquiciados, y no se les permite vender otras golosinas. El franquiciador tiene la obligación de no designar a otro franquiciado ni explotar por sí mismo comercios al por menor en un determinado territorio contractual. El franquiciador tiene también la obligación de actualizar y seguir desarrollando sus productos, la presentación comercial y el manual de instrucciones y de poner estas mejoras a disposición de todos los minoristas franquiciados. Los acuerdos de franquicia se celebran por un período de 10 años.

Los minoristas compran las golosinas en un mercado nacional, bien a productores nacionales que se adaptan a los gustos nacionales, o bien a mayoristas que importan dulces de productores extranjeros además de vender productos de fabricantes nacionales. En este mercado los productos del franquiciador compiten con otras marcas de golosinas. El franquiciador posee una cuota de mercado del 30 % en el mercado de dulces vendidos a minoristas. La competencia procede de varias marcas nacionales e internacionales, a veces producidas por grandes empresas diversificadas de alimentación. Existen muchos puntos de venta potenciales de dulces, en forma de estancos, minoristas generales de alimentación, cafeterías y tiendas de golosinas especializadas. En el mercado de las máquinas de colorante, la cuota de mercado del franquiciador se sitúa por debajo del 10 %.

La mayoría de las obligaciones recogidas en los acuerdos de franquicia pueden considerarse necesarias para proteger los derechos de propiedad industrial o para mantener la identidad y reputación comunes de la red de franquicias, y quedan fuera del artículo 101, apartado 1. Las restricciones a la venta (territorio contractual y distribución selectiva) ofrecen a los franquiciados incentivos para invertir en la máquina de colorante y en el concepto de licencia y, si bien no son necesarias, al menos ayudan a mantener la identidad común, lo que compensa la pérdida de competencia intramarca. La cláusula de no competencia que excluye a otras marcas de golosinas de las tiendas durante el período completo de duración de los acuerdos permite al franquiciador mantener la uniformidad de los comercios e impide que los

competidores se beneficien de su denominación comercial. No ocasiona ninguna exclusión grave, dado el gran número de comercios potencialmente disponibles para otros productores de golosinas. Es probable que los acuerdos de franquicia de este franquiciador cumplan las condiciones para obtener una exención conforme al artículo 101, apartado 3, por cuanto las obligaciones contenidas en los mismos se contemplan en el artículo 101, apartado 1<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Comunidades europeas, Directrices relativas a las restricciones verticales, 40.