

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS

FACULTAD DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACION

**TEMA: EL CONTRATO DE FRANQUICIA PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE
LA VOLUNTAD FRENTE AL DERECHO DE COMPETENCIA**

ELABORADO POR: SEBASTIAN ANDRAES VALLE BALDEON

JUAN FERNANDO SALAZAR GRANJA

Quito DM, 2007

ÍNDICE:

• INTRODUCCIÓN	1
• CAPITULO I	
1.1. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	8
1.2. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	11
1.3. SUJETOS QUE CONFORMAN UNA FRANQUICIA	15
1.3.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	16
1.4. NATURALEZA JURÍDICA	20
1.4.1. EL CONTRATO DE ADHESION DENTRO DE LA FRANQUICIA	22
1.4.2 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN.	22
1.5. OBJETO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA	26
1.6. ALGUNOS ELEMENTOS QUE DEBERÍA CONTENER EL CONTRATO DE FRANQUICIA	30
1.6.1 ESTRUCTURA BASICA O EJEMPLIFICATIVA DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA.	30
1.7. TIPOS DE FRANQUICIA	32
• CAPITULO II	
DERECHO DE COMPETENCIA:	
2.1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA	39
2.2. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS	44
2.2.1. LA PROHIBICIÓN DE LOS ACTOS O CONDUCTAS CONSTITUTIVOS DE ABUSO DE ADQUISICIÓN Y ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO	46
2.2.2. ACTOS O CONDUCTAS CONSIDERADAS ABUSIVAS	47
2.2.3. CLASES DE CONVENIOS TENDIENTES A MARCAR CONDUCTAS ABUSIVAS O A ADQUIRIR UNA POSICIÓN DOMINANTE EL MERCADO.	50

2.3	ÓRGANO ESPECIALIZADO EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL	51
2.3.1.	ÓRGANO ESPECIALIZADO EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY DE COMPETENCIA EN CHILE	54
2.3.2.	CAUSALES PARA LA CESACIÓN DE FUNCIONES DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL	57
2.3.3.	DE LA FISCALÍA ECONÓMICA	58
2.3.4.	DEBERES DEL TRIBUNAL	63
2.3.5.	PROCEDIMIENTO DE LAS CAUSAS	64
2.4.	ÓRGANO ESPECIALIZADO EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL PERÚ	68
2.5.	ANÁLISIS DE PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REGULATIVA DE LA ACTIVIDAD DE COMPETENCIA ECONÓMICA QUE UNIFICA LOS PROYECTOS NO. 25-948 Y 27-1013	70

• **CAPITULO III**

3.1.	ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	80
3.1.1.	EL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO	81
3.1.2.	LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD	82
3.2.	EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD FRENTE A LA LEY.	84
3.3.	EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS	86
3.4.	EL SOMETIMIENTO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL DENTRO DEL DERECHO DE COMPETENCIA	88

- **CAPITULO IV.**

NORMAS RELATIVAS A COMPETENCIA DISPERSAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	90
<ul style="list-style-type: none">• CONCLUSIONES• RECOMENDACIONES	98 105
<ul style="list-style-type: none">• ANEXO 1	
CASOS PRÁCTICOS DE FRANQUICIA	108

INTRODUCCIÓN.-

La importancia de los contratos atípicos, el desarrollo del comercio, la globalización y la tendencia de las empresas por expandir sus negocios, han generado una necesidad de tener normas claras sobre estos temas.

Los contratos atípicos son el resultado de la libertad que tienen las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido. A estas libertades se les conoce como: libertad de contratar y libertad contractual. Se distingue a la libertad de contratar que se refiere a la posibilidad de celebrar o no celebrar el contrato y para escoger la persona con la que se va a contratar, de la libertad contractual o autonomía contractual que significa que el contenido del contrato puede ser fijado libremente por las partes.

El presente trabajo tiene como objetivo determinar los factores más importantes de un contrato atípico, específicamente en el de Franquicia, el alcance del derecho de competencia, y la imperiosa necesidad de que en el Ecuador se promulgue una Ley de Competencia Económica.

Analizando los factores citados en el párrafo precedente, comparando cada uno de éstos con la Autonomía de la Voluntad Contractual podremos establecer que es lo que debe prevalecer en las relaciones jurídicas, específicamente en el Contrato de Franquicia, bien sea la autonomía de la voluntad, o el Derecho de Competencia que busque evitar la realización de prácticas de competencia desleal.

Si bien se está enunciando y analizando tres distintos temas de estudio, lo que buscamos es con la respectiva explicación, análisis de cada uno de estos temas de forma independiente, poder relacionarlos de forma tal, que podamos concluir cual sería la mejor forma de regular el contrato de franquicia, mediante el derecho de competencia, dejar la libertad de los contratantes, o en el peor de los casos tipificarlo para así tener normas positivas sobre este tema.

En el desarrollo de este trabajo, comenzaremos haciendo un análisis del Contrato de Franquicia, de sus características específicas, de los sujetos que intervienen, su naturaleza jurídica y en fin todos los elementos que componen este tipo de contratos.

Una vez explicado el objeto y el alcance del Contrato de Franquicia, analizaremos si efectivamente el principio de la autonomía de la voluntad contractual rige la negociación de este tipo de contratos, o si existe un sometimiento de una de las partes, lo que provocaría la adhesión a un formato de contrato previamente establecido.

Al haber conceptualizado claramente en qué consiste el Contrato de Franquicia y comprendido la finalidad y el objetivo del principio de la autonomía de la voluntad, podremos definir que el Derecho de Competencia permitiría establecer su supremacía en razón de la persecución de un bien general común, y no únicamente de un beneficio específico en virtud de la imposición o acuerdo de voluntades.

Nuestra legislación reconoce en los artículos 1453 y 1459 del Código Civil, libro IV, Título I, el principio de autonomía de la voluntad o de libertad contractual que entraña la posibilidad de celebrar contratos, o que sean contratos en los que las partes determinen libremente su contenido. Nuestra legislación se refiere a este tipo de contratos como consensuales, por el hecho de perfeccionarse con el simple consentimiento de las partes.

“Art. 1453: Las Obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la personas que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

“Art. 1459: El contrato es real cuando...; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”

En este punto, una vez determinadas las libertades contractuales de las que se benefician las partes al momento de contratar, podemos definir que los contratos atípicos son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de Derecho privado entre los particulares que contratar.

Los continuos cambios que se han producido en el desarrollo comercial en las últimas décadas, fueron la fuente que originó que este tipo de relaciones

contractuales hayan evolucionado a una velocidad mayor que la misma capacidad de poder normar y legislar este tipo de operaciones.

En el Derecho romano, donde ya se plantea la existencia de los llamados contratos atípicos, gran parte de las instituciones jurídicas se producen por deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a las soluciones prácticas que producían las necesidades socioeconómicas. Los romanos utilizaban un negocio jurídico para fines distintos de los que habían inspirado la creación de dicho contrato.¹

Por otro lado, el crecimiento del comercio a nivel internacional, debido al aumento de producción de bienes o prestación de servicios, y la creciente demanda de los mismos, ha provocado que las empresas que los producen busquen vías más ágiles para llegar a distintos mercados y satisfacerlos.

Con estos antecedentes podemos entender de mejor manera cómo es que se originó esta clasificación contractual conocida como “contratos atípicos”, es decir, aquellos que no tienen características particulares de una figura contractual específica, sino que recogen características de varios tipos de contratos.

El contrato de franquicia ha cobrado enorme importancia, siendo utilizado para la realización de diversos actos de carácter comercial, se caracteriza por la concesión o derecho que una persona denominada Franquiciante otorga a

¹ Contratos Mercantiles Atípicos; GARGOLLO, Javier Arce, Editorial Porrúa México, páginas 127,128,129

otra, Franquiciado, para que explote diversos derechos propiedad de aquel, destacando los protegidos por la propiedad industrial, tales como el uso de la marca de productos o servicios, bajo ciertas directrices establecidas en el contrato respectivo.²

Desde el punto de vista económico la franquicia es un sistema de comercialización y distribución donde a un empresario se le concede, a cambio de una contraprestación, el derecho de comercializar bienes y servicios de otro, de acuerdo a ciertas condiciones y prácticas establecidas.³

Los elementos objetivos del contrato son la licencia para el uso de una o más marcas comerciales, industriales o de servicios, y frecuentemente el nombre comercial, sin que opere la transmisión plena de la marca o del nombre comercial debido a que el franquiciante conserva su titularidad; y destaca como importante el otro aspecto que consiste en la transmisión de conocimientos técnicos y la prestación de la asistencia que puede referirse a una patente, registro, secretos de fabricación, know how, y; que como contraprestación a cargo del franquiciado y a favor del franquiciante, con arreglo a la utilidad que obtenga el primero, se establece el pago de una regalía.⁴

La franquicia es un método de colaboración contractual entre dos partes jurídicamente independientes, e iguales; la empresa franquiciante y la empresa

² Contratos Mercantiles, CASTRILLO, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág. 455

³ Catalina Merino Gabeiras: Aspectos más relevantes de creación del Registro de franquiciadores

(<http://www.injef.com/revista/empresarios/regfranq.htm>)

⁴ Contratos Mercantiles, CASTRILLO, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Págs. 455,456

franquiciada, y que implica la propiedad de una razón social de un nombre comercial, de un emblema o símbolo, de una marca de fábrica, de distribución de servicios, y de procedimientos técnicos puestos a disposición del franquiciado, así como el control de una serie de productos o servicios presentados de forma original y específica, y que deben ser obligatoriamente adoptados y utilizados por el franquiciado⁵.

En este tipo de contratos, es necesario que las partes especifiquen claramente cuáles son los parámetros que deberán respetarse a cabalidad, durante el cumplimiento de dicho contrato; se deberá por ejemplo, mantener la unidad de las partes involucradas, a través de facilitarle al franquiciado los conocimientos de fabricación de un producto o la prestación de un servicio, transferencia de know how, asistencia técnica permanente, uso de patrones de comercialización y mercadeo, ya sea con la especificación de cómo se ha de utilizar una marca, u otros signos distintivos comunes, la presentación del local, lo cual busca que lo que se propague es el bien o servicio que por reconocimiento colectivo ha obtenido el franquiciante, etc.

Obviamente, cuanto más vende el franquiciado más gana. Lo mismo es para el franquiciante, puesto que si las ventas del franquiciado continúan en incremento, también se incrementarán las regalías del franquiciante. Si éste puede elevar el prestigio de sus negocios, el franquiciado podrá ver aumentadas sus ganancias de modo sustancial.

⁵ Contratos Mercantiles, CASTRILLO, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág. 456

El contrato de franquicia tiene una evolución relacionada con la necesidad de expandirse de ciertas compañías, y en un entorno de capital limitado, y a su vez, el deseo de una tercera persona de distribuir o comercializar con bienes o servicios de los que no es el titular. El contrato de franquicia ha evolucionado tanto hasta llegar a tener las características propias que posee actualmente.

La Comisión Europea para el Otorgamiento de Franquicias, en su reglamento N° 4807 expedido en 1988, exige la utilización de una marca, u otros signos distintivos, así como la presentación uniforme de los locales, para mantener la uniformidad del producto o servicio, así como la comunicación por parte del Franquiciante al Franquiciado sobre conocimientos secretos, substanciales e identificados, y; la asistencia técnica permanente al Franquiciado.⁶

De este reglamento conviene destacar que en los considerandos se determina que los acuerdos de franquicia son esencialmente licencias de derechos de propiedad industrial o intelectual relativos a marcas comerciales, signos distintivos o know how, que pueden combinarse con obligaciones, suministros o compra de bienes.⁷

⁶ Contratos Mercantiles, CASTRILLO, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág. 457

⁷ Contratos Mercantiles, CASTRILLO, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág. 458

CAPITULO I:

1.1. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA

Aunque el término franquicia nació durante la Edad Media en Francia, el sistema de franquicia, tal y como lo conocemos hoy en día, tiene su origen a mediados del siglo XIX, en Estados Unidos, concretamente en el año 1862.

Para investigar el origen de las franquicias, tomamos la siguiente información de la Asociación Mexicana de Franquicias.

“En esta fecha, la compañía I.M. Singer&Co, dedicada a la fabricación de máquinas de coser, comenzó a utilizar esta fórmula empresarial, para solventar las necesidades de distribución y cobertura de sus productos”.⁸

Así, las necesidades de expansión de la industria del norte del país, triunfante tras la guerra civil, lleva a los empresarios a buscar la colaboración de los comerciantes de otras zonas, dando comienzo la esencia del verdadero sistema de franquicia: la colaboración entre empresarios independientes para la obtención de un fin común.

Con el tiempo, muchas otras compañías empezaron a adoptar este concepto y negociaron concesionarios y distribuidores oficiales. Este fue el caso de varios fabricantes de automóviles, como Ford o General Motors, y de algunas de las compañías más importantes de refrescos, como Seven Up o Coca Cola, la cual acertó a expansionarse, en numerosos países, con un sistema y formato equivalentes.

⁸ Asociación Mexicana de Franquicias, Origen de las franquicias (<http://www.franquiciasmexico.org/index-htm.htm>)

“En concreto, en 1.929, General Motors recurre a un contrato que favorece la asociación entre la central y sus distribuidores, de forma que se favorecía la colaboración entre las partes, al tiempo que ambas mantenían niveles razonables de independencia. De esta forma, la reacción ante las leyes anticompetencias, tendientes a evitar la integración vertical de distribuidores y productores, facilitó el desarrollo efectivo del sistema de franquicias, de cuya vitalidad y éxito da fe su actual expansión a prácticamente todos los sectores de la economía.”

Al tiempo que en los Estados Unidos las empresas tomaban conciencia de las ventajas de este sistema, también en Europa muchos empresarios veían en la franquicia importantes posibilidades de futuro. Así, en Francia, encontramos el caso de los propietarios de la fábrica de lanas La Lainiere de Roubaix, quienes se aseguraron la salida comercial de sus productos creando la firma Pingouin, a la que asociaron a un gran número de minoristas. Éstos, al firmar el contrato con la matriz, se aseguraban la exclusividad de la distribución de los productos Pingouin en su zona geográfica.

Precisamente en los años cincuenta, comenzó también el despegue en franquicia del sector de la comida rápida, con nombres como McDonald's, Burger King o Kentucky Fried Chicken.

Del mismo modo, en los años 70 en Europa, debido a la saturación de los mercados, comienza a desarrollarse en toda su plenitud el sistema de franquicia. Ya no basta con tener un producto para lograr el acceso a un mercado, hace falta algo más, una cualificación, una marca, un envoltorio

personalizado, un emblema, una idea o un formato innovador y atractivo, y la franquicia cubre todos estos parámetros.

Así, alrededor de la imagen comercial como eje central, se constituye el verdadero contrato de franquicia moderno, configurado a su vez con otros conceptos como el de la transmisión del "know-how" o Saber Hacer, la asistencia permanente y la formación.⁹

⁹ TORMO & ASOCIADOS- Consultores en Franquicia- El ABC de la Franquicia.

1.2 EVOLUCIÓN DEL CONTRATO DE FRANQUICIA:

El término franquicia con el que se denomina al contrato, proviene del vocablo inglés **franchise**, que se entiende como privilegio, concesión, patente, impuesto de privilegio o patente sobre concesión, derecho de licencia; pero la palabra realmente es de origen francés. (franchisage). Es por esto que la creación de distintas modalidades contractuales en materia mercantil, ofrecen diferentes alternativas que utilizan las empresas productoras de bienes o prestadoras de servicios a fin de mejorar sus sistemas de comercialización.¹⁰

El desarrollo de esta figura contractual ha tenido un proceso bastante considerable en las últimas tres décadas, a tal punto que se estima que en la actualidad, más de la mitad de las operaciones comerciales minoristas se desarrolla bajo este sistema de comercialización.

Por otra parte, la creación y la expansión de los grupos económicos han favorecido al crecimiento de esta modalidad contractual, sobre todo en los países desarrollados, siendo su flexibilidad de estructura uno de los factores decisivos en este proceso.

La idea central de este modelo contractual es que el dueño de la marca, método organizativo o know how, llamado Franquiciante, genere un entorno e imagen de éxito por eficiencia, calidad y renombre en consideración a determinado producto o servicio que comercializa.

¹⁰ Contratos Mercantiles, CASTRILLO, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág. 458

El Franquiciado, invierte sin tener que realizar estrategias de marketing o penetración de mercado, pues lanza el servicio con la experiencia empresarial ya probada por el Franquiciante. De esta forma, el negocio implica un relativo grado de seguridad y de beneficio.¹¹ Esta es una ventaja de este tipo de contrato, ya que el franquiciante crece y sea amplia con dinero de terceros.

Existirá franquicia cuando se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que el Franquiciado pueda producir o vender bienes, o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el Franquiciante, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue y que tienen por tanto un valor agregado implícito.

Este tipo de contrato puede llegar a tener algún elemento internacional que consiste, fundamentalmente, en la posibilidad de propagar sus efectos en otros países o estados, de conformidad con las diferentes sedes de las empresas contratantes. Esto se ha vuelto relevante debido a la tendencia cada vez mayor a la integración cultural y una cierta uniformidad en las costumbres de consumo de los diferentes pueblos, esto ha hecho que las redes que dan origen a los sistemas de franquicia se extiendan en espacios geográficos cada vez más amplios.

¹¹ Contratos Civiles y Comerciales, Ghersi, Carlos Alberto, Editorial Astrea, Argentina, Pág. 51

De este modo, el Franquiciante se asegura de llegar a otros mercados que no había tenido acceso anteriormente, y como un beneficio equitativo, el Franquiciado tiene la certeza de que está tratando con una marca o un servicio que ya es reconocido, lo que constituye una garantía de éxito comercial que brinda al franquiciado, al mismo tiempo, una promesa de calidad del servicio o producto que se comercialice.

Conteniendo la Franquicia un contrato de distribución mercantil, el objeto de este contrato, consiste en otorgar al Franquiciado la facultad de vender o distribuir productos o prestar servicios, a fin de lograr o mejorar su inserción en un determinado mercado.

Como consecuencia de lo anterior, el Franquiciante también otorga al Franquiciado la licencia para el uso de una determinada marca generalmente conocida en el mercado; así como también el método de comercialización o distribución empleado, le transmite el know how del negocio, que implica el conocimiento global del manejo de la franquicia para la explotación a más alto nivel de las bases y experiencia del Franquiciante, que entre otras incluye brindarle apoyo técnico, tecnológico, de mercadeo y en algunos casos económico.

En este tipo de contratos, el Franquiciante, que es quién autoriza y concede sus bienes o servicios a un tercero para que los venda a cuenta propia, es el mismo que debe encargarse de proporcionar al Franquiciado la asistencia que éste requiera, a través de publicidad, promoción y otros servicios de asesoría.

Es por esta característica particular que el contrato de franquicia se clasifica dentro del grupo de contratos de colaboración.¹²

El elemento objetivo del contrato son la licencia para el uso de una o más marcas de productos o de servicios, y frecuentemente el nombre comercial, sin que opere la transmisión plena de la marca o del nombre comercial en tanto que el Franquiciante conserva su titularidad.¹³

En el contrato se destacan varias condiciones que suelen ser materia de las obligaciones que comúnmente asumen las partes, tales como el hecho de que el Franquiciado, al tener acceso a información que incluye el conocimiento de fórmulas secretas, en relación con los productos que maneja, y que suelen ser protegidos por la ley, se obliga a no divulgarlas, y por otra parte, que el Franquiciante proporcionará a aquel asistencia técnica en relación con sus productos y su forma de explotarlos.¹⁴

¹² Contratos Mercantiles, CASTRILLON, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág., 457

¹³ Contratos Mercantiles, CASTRILLON, Víctor M., Editorial Porrúa, México, Pág., 455

¹⁴ Ruiz Peris, Juan, "Contrato de Franquicia y las Nuevas Normas de Defensa de la Competencia" Civitas Ediciones, S.L. 1991

1.3. SUJETOS QUE CONFORMAN UNA FRANQUICIA:

En el contrato de franquicia intervienen dos sujetos:

EL FRANQUICIANTE O FRANCHISOR

Para ser Franquiciante no sólo es necesario disponer de una empresa solvente y con prestigio comercial en el sector, hace falta también un excelente Concepto de Negocio, que aporte novedades y valores diferenciales en el producto, en el servicio o en la manera de comercializarlo. Este es el verdadero sentido del concepto de FRANQUICIA.

No obstante, el éxito del sistema se basa principalmente en haber experimentado con anterioridad, todo el procedimiento de franquicia a través de un establecimiento piloto, que nos habrá permitido corregir los posibles errores, así como aumentar los conocimientos necesarios para un mejor desarrollo del concepto de FRANQUICIA, aportando lo que es de hecho una de las bases de la franquicia: Aportar experiencia al Franquiciado.¹⁵

Conseguidos los dos objetivos principales, que podríamos resumir en un perfecto planteamiento del sistema de franquicia a implantar y la experiencia del establecimiento piloto, se hace necesario transmitir todo ese "saber-hacer" (*know-how*) a través de la diversa documentación que es necesaria y que constituyen los Manuales, así como Pre-contratos y Contratos definitivos.

¹⁵ Ruiz Peris, Juan, "Contrato de Franquicia y las Nuevas Normas de Defensa de la Competencia" Civitas Ediciones, S.L. 1991

1.4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

DERECHOS DEL FRANQUICIANTE:

- Adjudicar el derecho de explotar una unidad comercial u operativa en franquicia.
- Suministrarle al franquiciado el Know-how, las técnicas e instrucciones y el sistema para operar.
- Otorgarle al franquiciado exclusividad territorial o zonal.
- Otorgarle al franquiciado licencia para la utilización de nombres, marcas, emblemas, etc.
- Proporcionar los manuales que contengan un detalle de los sistemas y procedimientos de operaciones de la franquicia de que se trate.
- Proporcionar especificaciones de relaciones con terceros, clientes, publicidad, promoción, diseño y equipamiento del local o locales, pautas contables, cursos de capacitación del personal, seguro de los bienes, atención al público.
- Suministrarle productos y servicios.
- Limitar o vetar la elección de los locales y su organización.
- Actos de fiscalización o control del cumplimiento de las condiciones pactadas en el contrato de franquicia.
- Establecer condiciones para la revocación o extinción del contrato y sus causales.¹⁶

¹⁶ Alonso Mariano, "La Franquicia de la A a la Z Manual para el Franquiciador y el Franquiciado" Editorial LID Empresaril, España, 2003

Adicionalmente para que una persona natural o jurídica pueda ejercer eficazmente su papel como Franquiciante deberá cumplir con estas condiciones:

- Haber preparado y experimentado, durante un tiempo representativo y con buenos resultados, una fórmula comercial diferenciada de la competencia, desarrollada en establecimientos pilotos, propios o no.
- Que sea titular de la marca con la que va a comercializar el producto o servicio
- Que disponga de la capacidad para formar a sus futuros Franquiciados, dándoles todo el soporte técnico, empresarial y logístico que sea necesario.
- Que haya resumido y tenga disponible las políticas, manuales y procedimientos aprobados.

EL FRANQUICIADO O FRANCHISEE

El franquiciado es toda aquella persona natural o jurídica que, mediante ciertas condiciones, obtiene el derecho a comercializar y explotar productos o servicios bajo técnicas uniformes y experimentadas con una rentabilidad probada y con una marca registrada.¹⁷

¹⁷ Alonso Mariano, "La Franquicia de la A a la Z Manual para el Franquiciador y el Franquiciado" Editorial LID Empresarial, España, 2003

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO:

- Pagar al Franquiciante una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia.
- Pagar al Franquiciante una regalía periódica, calculada generalmente en función de la venta bruta del negocio Franquiciado.
- Ajustarse a todas las instrucciones de comercialización y técnicas del Franquiciante.
- Adquirir del Franquiciante la licencia de uso de marca.
- Dar cumplimiento al programa de entrenamiento dictado por el Franquiciante.
- Guardar la debida reserva, secreto, de toda la información suministrada por el Franquiciante.
- Satisfacer los aportes porcentuales oportunamente convenidos para las campañas publicitarias.
- Dar intervención al Franquiciante en la elección de local o locales en donde se va a establecer la franquicia.
- Aportes para la elección y puesta en marcha del local.
- Ajustar el sistema informático y contable al los requerimientos del Franquiciante.
- Dar cumplimiento a la normativa vigente que regule los distintos aspectos que hacen a la operatividad de la franquicia.
- Mantener el esquema de atención al público.
- No ceder ni subfranquiciar el negocio.

- Abstenerse de seguir la marca una vez concluida la relación contractual.

La razón fundamental del éxito del contrato de franquicia es que resulta el vínculo ideal entre los grandes capitales y las pequeñas y medianas empresas, además de ser estrategia de diversificación y marketing extraordinaria, como sistema de comercialización de un producto o servicio; ya que permite por un lado la expansión geográfica y la conquista de mercados desconocidos, ocupar zonas, controlar la distribución de los productos en dichas zonas y por sobre todo valorizar la marca. ¹⁸ Esto último, en base al crecimiento comercial a través de inversión de capitales por parte de terceros en otras localidades o países.

¹⁸ Alonso Mariano, "La Franquicia de la A a la Z Manual para el Franquiciador y el Franquiciado" Editorial LID Empresarial, España, 2003

1.4. NATURALEZA JURÍDICA.-

Se trata de un contrato consensual que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

Es bilateral, porque requiere el acuerdo de las voluntades de dos o más personas, y de la misma manera es conmutativo porque cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa equivalente, desde el momento de la celebración. Cada una de las partes conoce las obligaciones y ventajas que le corresponden, no se exige ninguna forma específica en que deba ser instrumentado, ya que el contrato produce derechos y obligaciones para ambas partes.

Se trata de un contrato atípico, pues no se encuentra regulado en la legislación ecuatoriana vigente, por lo cual se le conoce como un contrato innominado.

Es un contrato oneroso, pues cada una de las partes obtiene una ventaja de su prestación.

En este tipo de contrato se aplican los principios generales de los contratos, la autonomía de la voluntad y los principios de orden público y buena fe en su celebración y ejecución.

De Tracto Sucesivo, las obligaciones que se generan para cada parte no se agotan en el momento de la celebración del contrato sino que perduran más allá de éste

El sistema de franquicia cuenta con unas premisas básicas para poder desarrollarse en perfectas condiciones:

El Contrato es la pieza fundamental de todo el sistema de Franquicia. Debe ser muy estudiado, detallado, claro y preciso para asegurar su efectivo cumplimiento, permitiendo de esta manera que el Franquiciado pueda alcanzar los hitos de crecimiento, esperados o establecidos por el Franquiciante, así como el cumplimiento de metas de venta y de cronogramas de distribución, comercialización y abastecimiento de los insumos o suministros.

El FRANCHISING, es un contrato de colaboración empresarial, que implica básicamente, un modelo de colaboración entre distintas empresas o individuos, independientes a los fines de que por medio de la acción común de las mismas se logre, y con esto buscar el desarrollo de los negocios en forma más eficaz.

Pero si bien debería existir un equilibrio de poder, cierta igualdad entre las partes contratantes, en realidad es el Franquiciante quien somete al Franquiciado y pone a disposición del mismo dos elementos: el primero, es una técnica empresarial para asegurar el éxito de la franquicia y en segundo lugar, un producto, una marca en el mercado que gozan de una fama y buen nombre. Siendo uniforme tales elementos para todos los Franquiciados que integran la red del Franquiciante, creando así una imagen de distribución.¹⁹

¹⁹ Ureña Manfred, "El Contrato de Franchising", Costa, 2003, págs. 2y 3

1.4.1. EL CONTRATO DE ADHESIÓN DENTRO DE LA FRANQUICIA.

Es pertinente, dentro de este tema determinar y explicar de forma breve que es el Contrato de Adhesión, ya que muchas veces al contrato de Franquicia se lo considera como tal.

Un contrato de adhesión es un tipo de contrato cuyas cláusulas son redactadas por una sola de las partes, con lo cual la otra se limita tan sólo a aceptar o rechazar el contrato en su integridad. Ejemplos claros de contratos de adhesión están dados por los llamados contratos de suministro de servicios públicos (energía eléctrica, agua corriente, gas, telefonía, etc.) o la mayoría de los contratos de seguro y contratos bancarios.

1.4.2 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ADHESIÓN:

- Son utilizados por empresarios que realizan un número relativamente elevado de contratos con sus clientes, llamados consumidores o usuarios, con el fin de simplificar el método de contratación al evitar tener que negociar y redactar cada contrato individualmente;
- Están destinados a un grupo de potenciales contratantes o a la colectividad toda;
- La oferta permanece vigente mientras el oferente no retire o modifique ésta;
- La oferta está minuciosamente reglamentada, aún en casos hipotéticos y poco probables.

- El contrato se perfecciona mediante la firma por el consumidor o usuario del formulario contractual, una vez rellenos sus datos personales. también se necesita que existe un tercero interesado como aval para que se lleve a cabo este contrato
- En el mismo formulario contractual o en otro documento que se debe adjuntar con el mismo se contienen las cláusulas que reglamentarán el contrato, que se denominan Condiciones Generales de la Contratación.

1.4.3. PROBLEMÁTICA DEL CONTRATO DE ADHESIÓN:

El principal problema que plantean los contratos de adhesión es el relativo a la validez del consentimiento. En el Derecho civil y mercantil tradicional, el consentimiento contractual se entendía como el resultado de una relación bilateral equilibrada entre dos o más personas, las cuales llegaban a un entendimiento que se reflejaba en las cláusulas del contrato.

Esta relación equilibrada se rompe con la aparición del contrato de adhesión. La empresa que vende el bien o presta el servicio ofrece el mismo a través de un contrato innegociable, y el consumidor debe elegir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o no hacerlo. Esto provoca dos dudas muy importantes acerca del consentimiento:

- En algunos casos en los que lo que se contrata es un servicio esencial (agua, combustibles, etc.) el consumidor no tiene capacidad de negarse a firmar las condiciones, dado que no tiene otra opción para conseguir el producto esencial (y más en el caso de monopolio). Esto provoca la duda de si existe verdaderamente un consentimiento en ese caso.

- En otros casos, el consumidor elige comprar el producto o servicio, pero es muy poco habitual que realmente entre a valorar las cláusulas del contrato que está firmando. En muchas ocasiones las cláusulas se encuentran redactadas de forma oscura, y en otras ni siquiera están a su disposición en el momento de la firma. Por último, muchos consumidores omiten su lectura a sabiendas de que no cabe negociación.

Esto ha planteado muchos problemas jurídicos, que en general se han ido encarrilando a través de distintas soluciones:

- En general se admite que el contrato de adhesión es válido. Cualquier otra opción provocaría la paralización del mercado, y se entiende que el contrato de adhesión es una necesidad. Sin embargo, se tiene en cuenta la especial debilidad del consumidor, a quien se le protege por otras vías (legal, jurisprudencial, etc.).
- Las vías a través de las cuales se da protección al consumidor son mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno Derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de las empresas.
- En algunos casos, la comercialización de productos esenciales se regulan directamente por el estado mediante normas imperativas, de forma que el estado suplanta el consentimiento de las partes y lo sustituye por una relación jurídica regulada previamente de forma

equilibrada. El intervencionismo puede tener distintos grados, y puede abarcar la casi totalidad de la relación contractual.²⁰

²⁰ http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_de_adhesi%C3%B3n

1.5. OBJETO DEL CONTRATO DE FRANQUICIA:

Para que se pueda cumplir y estar vinculado con el objeto del contrato, se necesita de elementos que deben estar siempre presentes tanto en el ámbito nacional cuanto internacional, que son los que se detallan a continuación²¹:

1. **LICENCIA DE USO DE MARCA:** Es esencial que el Franquiciante sea titular de una marca de producto o servicio registrada en el Ecuador, para lo cual se deberá solicitar su registro, ya que el cliente es atraído por el renombre y prestigio de la misma, y por supuesto que el Franquiciado además de utilizar su marca, utilice también sus signos y símbolos distintivos, juntamente con una serie de normas con relación a la forma de actuar del Franquiciado, en cuanto a la actividad y administración a desarrollar. El propósito de licenciar el uso de la marca es que el consumidor identifique el negocio con la calidad del producto o servicio asociándola e identificándola con la marca.

2. **TRANSFERENCIA DE KNOW HOW:** El Franquiciante tiene la obligación de poner a disposición del Franquiciado todo el conocimiento y las herramientas con respecto a la conducción, estructura y organización del negocio y por supuesto, éste debe seguir las instrucciones al pie de la letra, logrando una uniformidad en el producto y en la presentación del mismo. Esto puede incluir desde la decoración del local, el listado de proveedores al que deberá acudir y las entidades financieras con las que debería operar.

²¹ Suárez Gonzalo, "El contrato de franquicias", www.lawebdelemprendedor.com.ar.

3. **REGALÍAS O CANÓN:** Se debe establecer alguna forma de retribución del Franquiciado al Franquiciante, ya que estamos frente a un contrato oneroso, en contraprestación a los servicios, asistencia, marca, etc. durante la vigencia del contrato.

En este sentido, se establece el pago de una tasa inicial por entrar a la cadena, adquiriendo el derecho de utilización de la franquicia; y por otro lado, el pago al Franquiciante de una regalía periódica, calculada en función de la venta bruta del negocio Franquiciado. Esta regalía periódica puede ser mensual, trimestral, semestral, anual o como lo acuerden las partes.

El pago de regalías se realizará mediante el cálculo de un porcentaje determinado de las ventas del producto o servicio franquiciado, dentro de un periodo determinado. Estas regalías pueden determinarse estrictamente por ventas, así como también para gastos de publicidad en los que deba incurrir el Franquiciante o el Franquiciado.

4. **TERRITORIO:** Se trata de la delimitación de un ámbito territorial a favor del Franquiciado en donde se desarrollará el contrato, el mismo puede ser elemento esencial para el éxito de la operación comercial.

5. **ASISTENCIA DEL FRANQUICIANTE AL FRANQUICIADO:** la misma puede estar condensada en un manual operativo, dependiendo el grado de los términos del acuerdo pudiendo crearse un centro de asistencia y servicio mínimo para los Franquiciados que componen la cadena, donde se brinda información de mercado, técnica o simplemente de compras.

6. **LA NO COMPETENCIA Y/O LAS POSIBILIDADES DE SUBFRANQUICIAR:** Impidiendo de forma expresa la posibilidad de que el Franquiciante realice negocios competitivos y por otro lado prohibiendo o no la posibilidad de subcontratar.

7. **CONFIDENCIALIDAD:** Consiste en la obligación de no divulgar secreto de fabrica, producción o comercialización, ya que, el Franquiciado tiene acceso a información confidencial del Franquiciante, prolongándose aun por un plazo prudencial posterior a la conclusión del contrato.

8. **PLAZO DE DURACIÓN DEL CONTRATO:** Por lo general las partes tienden a establecer un plazo lo suficientemente largo para recuperar la inversión inicial hecha por el Franquiciante. En nuestra legislación y en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes pueden rescindir sin causa y en cualquier tiempo el contrato si así se estableciera en el mismo. Lo

aconsejable en definitiva, es un término de entre dos a cinco años con opción a renovarlo por iguales plazos inclusive en forma automática.

1.6. ALGUNOS ELEMENTOS QUE DEBERÍA CONTENER EL CONTRATO DE FRANQUICIA:

- Debe incluir el aporte y transferencia el Know How del Franquiciante.
- Debe indicarse las fuentes de suministro de los productos.
- Debe, en la concesión o licencia de uso de marca, constar los derechos de propiedad industrial relacionados con la marca objeto del contrato.
- Debe definir las contraprestaciones económicas.
- Debe establecer el cuadro de exclusividades.
- Debe establecer los medios de control sobre la gestión del Franquiciado.²²

1.6.1. ESTRUCTURA BASICA O EJEMPLIFICATIVA DE UN CONTRATO DE FRANQUICIA:

- Establecimiento de la independencia empresarial de las partes.
- Ubicación física de la franquicia.
- Duración y condiciones de renovación.
- Determinación de la zona de exclusividad territorial
- Condiciones de aprovisionamientos
- Contenido del Know How.
- Confidencialidad.
- Cláusulas de no competencia desleal.
- Obligaciones financieras: Canon y royalties.
- Obligaciones del Franquiciante.

²² Suárez Gonzalo, El contrato de franquicias, www.lawebdelemprendedor.com.ar

- Derechos del Franquiciante.
- Obligaciones del Franquiciado.
- Derechos del Franquiciado.
- Limitaciones de responsabilidades.
- Condiciones de cesión y transferencia del contrato y sus derechos y obligaciones.
- Planificación de cronogramas, hitos de ventas y expectativa de crecimiento.
- Término y resolución del contrato.²³

²³ Suárez Gonzalo, El contrato de franquicias, www.lawebdelemprendedor.com.ar

1.7. TIPOS DE FRANQUICIA: Existen diferentes grupos de franquicias:

Nota: Esta información fue tomada de la página web <http://www.monografias.com/trabajos13/trafranq/trafranq.shtml> elaborada por Carmen Pando, en su publicación sobre Franquicias

- **FRANQUICIA DE PRODUCCIÓN**

Es aquella donde el Franquiciante, además de ser el titular de la marca, fabrica los productos que comercializa en sus establecimientos Franquiciados.

Aquí la empresa Franquiciante es la que fabrica los productos y es además propietaria de la marca y el Know-how por lo que otorga franquicias para que el Franquiciado elabore los productos.

El Franquiciante actúa a modo de central de compras, seleccionando y negociando los mejores productos y las condiciones más ventajosas con los proveedores. En este tipo de franquicia se pueden incluir franquicias sobre patentes.

Ejemplos claros de franquicias de este tipo son Levi's Center y Mango.

- **FRANQUICIA DE SERVICIO**

Es el tipo de franquicia más dinámico y con más proyección. El Franquiciante 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 a un gran nivel de aceptación.

Es la explotación de un determinado servicio cuya fórmula original es propiedad del Franquiciante, quien la transmite a sus franquiciados. Este tipo de franquicias es la que tiene mayor auge en la actualidad.

Dentro de este tipo, el Franquiciante le ofrece al Franquiciado una fórmula original y específica de prestación de servicios al consumidor. Por su parte el Franquiciado debe proveer los servicios al cliente con el mismo nivel de calidad y a precios autorizados. Es importante destacar, que debido a su carácter abstracto, esta clase de acuerdo necesita una constante colaboración y transmisión de Know-how por parte del Franquiciante.

Dentro de las empresas que utilizan este sistema podemos citar la cadena de comidas rápidas McDonalds, Kentucky Fried Chicken y Dunkin Donuts. Ejemplos ecuatorianos son Las Menestras del Negro y Los Ceviches de la Rumiñahui.

• **FRANQUICIA INDUSTRIAL**

El fabricante del producto cede el derecho a fabricar y comercializar el producto con su marca original. Precisa una fuerte inversión de capital. Aquí el vínculo es jurídico y económico, traspasando tecnología, nombre y marca del producto. El Franquiciante -quien debe ser titular de la marca- cede a sus Franquiciados la tecnología y materias primas necesarias para manufacturar un determinado producto y posteriormente venderlo en el mercado. En este tipo de franquicia, una industria decide transferirle a otra su tecnología y sus derechos de propiedad industrial. En este caso, el Franquiciado adquiere el

derecho de producir y distribuir los productos del Franquiciante utilizando la tecnología adquirida. Los ejemplos más famosos son los de Coca-Cola, Yoplait, Royal Canin.

- **FRANQUICIA-CORNER**

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 y hay una mayor independencia y menor exigencia por el Franquiciante. Se desarrolla dentro de un establecimiento comercial, por departamentos, en el cual existe un espacio franquiciado. En este espacio, se venden los productos o se prestan los servicios objeto de la franquicia, según los métodos y las especificaciones del Franquiciante. Es aquella que se desarrolla dentro de otro establecimiento comercial, con un espacio franquiciado donde se venden los productos y/o se prestan los servicios del Franquiciante de acuerdo con sus especificaciones. Como ejemplo podemos citar una franquicia de venta de relojes SWATCH dentro de CASA TOSI.

- **MASTER-FRANQUICIA**

Esta modalidad consiste en exportar una franquicia de un país de origen hacia otro, a través de la figura del master-franquiciado, persona física o jurídica, a la cual el Franquiciante original vende los derechos de su franquicia para que la desarrolle en el país de destino. El master-franquiciado es el gestor y responsable del desarrollo y representación del Franquiciante de forma

exclusiva en su país y será el encargado de seleccionar y conceder los contratos de franquicia en un territorio determinado, a los Franquiciados y adaptar el negocio a las características específicas del país en el que se desarrolle. Es el sistema mas utilizado para extender una franquicia a nivel internacional. Se trata de la relación contractual mediante la cual un Franquiciante extranjero establece con una persona natural o jurídica del país en cuestión, actuando este ultimo como Franquiciado y al mismo tiempo como Franquiciante de determinados puntos de venta que se inauguran, siendo directamente responsable del desarrollo y representación del Franquiciante de forma exclusiva en su país o en una región de países. El franquiciado master esta encargado del establecimiento piloto, es el responsable de la selección de nuevos Franquiciados, de la inversión, publicidad global de la red y en general de todas las relaciones con los Franquiciados de su territorio. Este sistema es utilizado cuando el Franquiciante no desea o no dispone de los recursos financieros y del personal necesario para desarrollar la franquicia de manera directa en el país extranjero. Este método también es eficaz para sobrellevar las diferencias culturales que podrían impedir que el Franquiciante accediera directamente a un nuevo mercado para sus productos o servicios, debido al conocimiento que tiene el Franquiciado en las costumbres y usos e incluso de los vicios tramitológicos dentro de su país, puede servir de puente para que el Franquiciante expanda sus negocios, sin necesidad de involucrarse directamente, en muchos países simultáneamente y en un tiempo que no es comparable con el que necesitaría para comprender tales costumbres y usos, con los costos que ello implicaría. Ejemplo.- La Franquicia TOTO'S en el territorio ecuatoriano se maneja siguiendo este parámetro. En el Ecuador

existe un Master Franquiciante que es el autorizado a otorgar franquicias dentro de un territorio o región determinada, supliendo al titular de la marca que se Franquicia. En este caso específico, el Master Franquiciante subroga al dueño de la marca en todos los derechos y obligaciones que se deriven del contrato suscrito; además, es quien deberá cumplir con las obligaciones adquiridas por su cuenta como es el pago de regalías a favor del Franquiciante o titular de la marca.

- **FRANQUICIA DE DISTRIBUCIÓN**

El Franquiciante actúa como intermediario en las compras, selecciona productos que son fabricados por otras empresas y los distribuye a través de sus puntos de venta franquiciados en condiciones ventajosas. El Franquiciante cede los productos que el mismo fabrica y/o la marca a sus franquiciados a cambio de regalías o precios de compra más altos. Sus características básicas se concentran en el desarrollo del producto o servicio, más que en la operación del negocio. Se le concede más libertad al Franquiciado, pero a la vez menos aporte operacional. Se fija en este caso al Franquiciado, los productos que tiene que vender con la aportación de la marca, Ej. Productos alimenticios, textiles, etc.

En la que el Franquiciante cede al Franquiciado la distribución de sus productos, junto con el derecho a utilizar su nombre comercial. Podemos

hablar, en este caso de HUGO BOSS o POLO, franquicias con presencia en nuestro país.

- **FRANQUICIA DE FORMATO DE NEGOCIO.**

En este tipo, el Franquiciante le ofrece al Franquiciado un negocio que ha sido estandarizado hasta en el más mínimo detalle y reducido a manuales, de tal forma que en conjunto con la asistencia del Franquiciante, le permiten al Franquiciado operar de manera exacta a como lo haría el Franquiciante en un negocio propio. El formato del negocio se refiere a todos los asuntos, incluyendo los aspectos técnicos, gerenciales, de mercadeo, de adecuación del local, de atención del cliente, etc. La franquicia de formato de negocio corresponde al concepto moderno de franquicia comercial. Se ha desarrollado principalmente en las franquicias de servicios y mixtas (distribución y servicios). Por ejemplo: BASKIN ROBINS.

- **FRANQUICIA DE FORMATO DE TERCERA GENERACIÓN:**

El Franquiciado recibe un sistema completo para operar el negocio, un plan total que comprende la asistencia por parte del Franquiciante en la búsqueda del local adecuado para la instalación del negocio, el entrenamiento y la capacitación del personal en todas las áreas del mismo. Este entrenamiento se prolonga durante la existencia del contrato de franquicia. El Franquiciante

concede al Franquiciado la exclusividad del territorio, y este último comercializa o distribuye los productos o servicios exclusivamente.²⁴El Franquiciado recibe: manuales de procedimiento, apoyo publicitario, asistencia en la compra de equipos y fuentes adecuadas de materias primas o productos. EJ. CINNABON

²⁴ Carmen Pando: Franquicias
(<http://www.monografias.com/trabajos13/trafranq/trafranq.shtml>)

CAPITULO II

DERECHO DE COMPETENCIA:

2.1 EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE COMPETENCIA

Para analizar la evolución del Derecho de Competencia podemos tomar en cuenta ciertos mercados que nos permitirán analizar dicha evolución de una manera más específica y ejemplificativa.

En Europa el Derecho de Competencia se desarrolló en base a una de las fuentes principales del Derecho como es la jurisprudencia, a través de fallos jurisprudenciales que sancionaban todo tipo de actos de competencia desleal.

En Europa el derecho relacionado con la competencia en el mercado coincidió tradicionalmente con el derecho de la competencia desleal. La doctrina alemana y española distinguen tres etapas en su desarrollo: modelo paleoliberal, modelo profesional y modelo social.

El modelo paleoliberal, típico del siglo XIX, se caracteriza por la ausencia de normativa general y se funda en el más riguroso principio de libertad de industria y comercio. Solamente se reprimen aquellas actividades expresa y taxativamente previstas en la ley penal, dado que se considera que la intervención del Estado se justifica solamente en casos gravísimos en que se vulneren derechos básicos de las personas.

El modelo profesional, que se desarrolla a partir de principios del siglo XX, consagra el acto de competencia desleal como una forma particular de ilícito

profesional, sancionable a través de acciones judiciales impulsadas por otros comerciantes que se consideran perjudicados. Son estos propios comerciantes quienes demandan del Estado una protección específica. De esta forma, la disciplina de la competencia desleal es atributiva de derechos subjetivos, estando signada por la consagración de una cláusula general.

Finalmente, se identifica el denominado modelo social, en los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

La disciplina de la competencia desleal cambia su función. El objeto de protección se desplaza de la tutela de los intereses individuales de los competidores a la protección del orden económico del mercado, estructurado sobre la base de la convergencia de diversos intereses: el interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

El criterio de enjuiciamiento deja de estar limitado a la deslealtad de la conducta profesional, pasando a ser la inadecuación de dicha conducta a los principios del ordenamiento económico de la libre competencia y de la tutela al consumidor.

También se amplía el elenco de las prácticas reprimidas, agregando acciones que antes no se consideraban ilícitas. No se valora solamente el resultado de una estrategia económica, sino la congruencia de la conducta con los intereses valorados por determinando orden económico.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, a estas soluciones normativas se incorporó también la legislación de defensa de la competencia, de directa influencia norteamericana.

La legislación económica pasa a tener como objetivo básico el mantenimiento de un sistema competitivo de economía de mercado. Acorde con sus enunciados, los agentes del mercado tienen no solamente el derecho de competir, sino la obligación de hacerlo, para el correcto funcionamiento del mismo. El funcionamiento competitivo del mercado resulta un objeto de protección jurídica y surge la necesidad de crear un marco normativo cuyo objeto sea asegurar la eficiencia de dicho sistema.

Con esta inspiración, se fueron aprobando en los diversos países normas de defensa de la competencia: en Inglaterra, se destaca la ley de prácticas restrictivas de la competencia de 1956; en Alemania, la ley de limitaciones a la competencia de 1957; en Francia, la Ordenanza sobre precios ilícitos de 1945, reglamentada entre 1953 y 1963; en España, la ley de prácticas restrictivas de la competencia de 1963. Con el transcurso del tiempo, la mayoría de estas leyes fueron siendo sustituidas por normas más modernas.²⁵

Con estos antecedentes, podemos entender de una mejor manera cómo surgió la apertura del sistema económico, para dar paso a un régimen de competencia en todos los sectores que forman parte del mismo. La

²⁵ portalgpi.espaciolibre.net/index.php?option=articles&task=viewarticle&artid=25&Itemid=3-30k Olivera García, Ricardo - Cita de Conferencia publicada sobre evolución histórica de la competencia desleal.

Olivera García, Ricardo, "Introducción al Derecho de la Competencia", en "El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001

globalización y generalización de los sistemas y de las prácticas económicas hace necesario que todo país cuente con legislación que precautele que las distintas actividades se desenvuelvan en un régimen de libre y real competencia.

Es indispensable contar con una legislación que promueva y proteja la libre competencia como una de las manifestaciones de la libertad de empresa que constituye una garantía reconocidas por nuestra Constitución Política. La legislación debería contemplar de manera clara y precisa las diferentes conductas o situaciones jurídicas que constituyen prácticas anticompetitivas, evitando la discrecionalidad por parte de los órganos estatales, a fin de que no se afecte la seguridad de las empresas y de los ciudadanos.

La legislación debe también contemplar medidas que permitan sancionar a quienes incurran en prácticas contrarias a la libre competencia. Conforme al sistema jurídico ecuatoriano, cualquier norma que impongan sanciones debe tener rango de ley, atendiendo al principio de que no hay pena sin ley. Igualmente es indispensable determinar cuál será el órgano competente del Estado que ejercerá esta potestad, pues siendo una potestad de orden público, las atribuciones de dicha entidad deberán provenir de la ley, considerando que los órganos públicos solamente pueden ejercer aquellas facultades expresamente determinadas en una norma de esta categoría. De esta manera se podrá contar con el marco legal e institucional que permita un efectivo control de dichas prácticas.

La libre competencia es una materia de poca evolución doctrinal y legal en el Ecuador, existen varias disposiciones dispersas en algunas leyes, pero nada en concreto que determine con exactitud que tipo de actividades serían consideradas anticompetitivas, y peor aún, qué órgano técnico sería el encargado de sancionar este tipo de prácticas anticompetitivas.

Los compromisos internacionales que ha asumido el Ecuador en la Comunidad Andina de Naciones, suelen remitir a la legislación nacional la regulación de la libre competencia, por lo que la carencia de una normativa interna puede dejar en indefensión a quienes consideren que sus derechos se han afectado por prácticas contrarias a la libre competencia. En el ámbito de la Subregión Andina, el Ecuador es el único país que carece de una legislación que proteja la libre competencia, determinando una situación de desventaja para las empresas ecuatorianas.

2.2 PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS:

Un régimen jurídico de competencia debe fijar las reglas bajo las cuales van a competir las empresas que están en el mercado o las que quieren ingresar a este.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) sugiere elementos que deberían recogerse en un proyecto de ley de competencia. Entre ellos, recomienda como propósitos u objetivos de la Ley:

- a) controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas;
- b) controlar o eliminar la adquisición y/o abuso de una posición dominante en el mercado; y,
- c) limitar el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico.²⁶

Por posición dominante se entenderá la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios. En tanto que por mercado relevante, se entenderá el ramo del comercio en que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a

²⁶ Posibles Elementos del Proyecto articulado UNCTAD, td/b/rbp/81/ rev 5, Pág. 7

los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un aumento no insignificante de los precios.

Las prácticas anticompetitivas pueden manifestarse en acuerdos, sean expresos o tácitos, entre competidores con el objeto de reducir o eliminar la competencia, buscando, por ejemplo, el aumento de las ganancias a través del incremento de precios al consumidor. Para que exista una práctica contraria a la competencia basta que exista el concierto de voluntades, aunque el acuerdo no se haya ejecutado. No será indispensable la existencia de un documento contractual probatorio o un instrumento que genere derechos y obligaciones jurídicamente exigibles, sino que se demuestre la intencionalidad de restringir o evitar la competencia. Es decir, es suficiente la existencia de un pacto para que se configure el acuerdo anticompetitivo, por ejemplo prácticas o políticas de las empresas que manifiesten actuaciones concordantes.

En este sentido, también se juzga de acuerdo a las medidas o efectos, que pudieren ocasionar si necesidad que exista un acuerdo previo.

La legislación que necesitamos implementar debe contemplar la prohibición de que las empresas competidoras o potencialmente competidoras, celebren acuerdos, sea verbales o escritos que se orienten a:

- a) Fijar precios u otras condiciones de venta
- b) Licitación colusoria,
- c) Repartición de mercados o de clientela,

- d) Restricción de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas,
- e) La negativa acordada de adquirir materias primas,
- f) La negativa concertada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- g) La denegación colectiva de participación en un acuerdo o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia.
- h) Otros acuerdos destinados a limitar o impedir la libre competencia.
- i) Compras vinculadas u obligadas.

En cuanto a conductas abusivas o tendientes a adquirir una posición dominante en el mercado, podemos mencionar a manera de ejemplo, las siguientes:

2.2.1.- LA PROHIBICIÓN DE LOS ACTOS O CONDUCTAS CONSTITUTIVOS DE ABUSO DE ADQUISICIÓN Y ABUSO DE UNA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO:

- Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o determinados grupos de bienes o servicios, generando un Oligopolio;

- Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.

2.2.2.- ACTOS O CONDUCTAS CONSIDERADAS ABUSIVAS

- El comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores;
- La fijación discriminatoria de los precios o de las modalidades o condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios, incluso mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobre facturen o sub facturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre las empresas participadas;
- La fijación de los precios a los que pueden revenderse las mercancías vendidas, incluidas las de importación y las de exportación.
- La imposición de restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica idéntica o similar a la marca de fábrica protegida en el país importador para bienes

idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, de organización, gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados;

- Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio
 - a) La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;
 - b) La subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la aceptación de restricciones de la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
 - c) La imposición de restricciones con respecto al lugar, al destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes puedan revenderse o exportarse;
 - d) La subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por éste.

- Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros medios de adquisición de control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogénea:
 - a) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
 - b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de éste, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de una posición de dominio o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

Las prácticas anticompetitivas pueden manifestarse en acuerdos, sean expresos o tácitos, entre competidores con el objeto de reducir o eliminar la competencia, buscando, por ejemplo, el aumento de las ganancias a través del incremento de precios al consumidor. Para que exista una práctica contraria a la competencia basta que exista el concierto de voluntades, aunque el acuerdo no se haya ejecutado.

2.2.3. CLASES DE CONVENIOS TENDIENTES A MARCAR CONDUCTAS ABUSIVAS O A ADQUIRIR UNA POSICIÓN DOMINANTE EL MERCADO: HORIZONTALES O VERTICALES

Estos convenios pueden ser horizontales o verticales. Los primeros son aquellos en los que intervienen empresas que se dedican a la misma actividad productiva y en el mismo mercado relevante, y están en posición de constituirse la una en competidora de la otra. Se les conoce como prácticas monopólicas absolutas. En los convenios verticales el acuerdo existe entre empresas que operan en diferentes etapas o niveles de la producción de un determinado bien o servicio. Los que intervienen en el acuerdo no compiten entre ellos y éste no restringirá la competencia entre ellos. Estas prácticas se las conoce también como prácticas monopólicas relativas.

Las prácticas monopólicas están referidas a un mercado en particular. "***El mercado relevante***" se relaciona con un grupo de productos más limitado y a un área geográfica menor, en la cual quienes ofertan bienes o servicios puedan, con rentabilidad mayor, influir en el precio, la calidad, la variedad, el servicio y otras condiciones de la competencia. Es decir el mercado relevante tiene tres dimensiones que deben ser analizadas conjuntamente, pues constituyen los elementos para definirlo: el producto, la circunscripción geográfica y la temporalidad en que tiene lugar la conducta.

2.3 ÓRGANO ESPECIALIZADO EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.

Uno de los principales aspectos que debe ser regulado por la legislación en materia de competencia es la creación, funcionamiento y atribuciones del órgano encargado del control de que las actividades económicas se desenvuelvan en un régimen de competencia y de sancionar las actividades apartadas de la Ley.

La tendencia a nivel de Sudamérica es crear un nuevo organismo o una unidad administrativa con atribuciones para dictar políticas en materia de control de competencia, autorizar los actos o conductas que fueren sometidos a su pronunciamiento previo y sancionar las prácticas contrarias a la competencia. Esta alternativa, a nivel nacional, ha recibido muchas críticas, especialmente por parte del sector empresarial, pues se la aprecia como un aumento injustificado de la burocracia en una época en que se tiende más bien a la reducción del tamaño del Estado.

Se deben analizar las opciones que permitan la mejor conformación del órgano de control de competencia. La necesidad de contar con un organismo técnico y de gran especialización, con autonomía administrativa y política para que pueda cumplir su objetivo con eficiencia y eficacia, es un pilar fundamental al momento de expedir una ley de esta naturaleza, por la necesidad de que exista una independencia institucional, cuyos funcionarios y autoridades cuenten con una probada especialidad y experiencia técnica en esta rama.

Una alternativa para la conformación del órgano de control de la competencia, podría ser, por designación realizada por el Congreso Nacional, toda vez que éste, tiene el Poder de legislar según lo dispuesto por la Constitución Política del Ecuador. Siendo el Congreso Nacional el llamado a legislar, no sería difícil de imaginar que la facultad de elegir los miembros del órgano de control de la competencia, sea otorgada a ellos mismos. Por lo que se debería tener en cuenta el riesgo de politización que correría esta institución.

Otra opción puede ser la designación de una parte de los miembros del órgano de control de la competencia realizada por las autoridades públicas, y otro grupo por los sectores empresariales, universidades o gremios profesionales.

A nuestro punto de vista, el mejor método para la elección de los miembros de dicho órgano de control, sería por designación realizada a través de concursos competitivos en base a méritos, formación profesional y experiencia de los candidatos.

Tomando en cuenta que es un órgano que pertenecerá al sector público y cuyo ámbito de acción estará en el orden público, será necesario que las atribuciones que se les asignen estén perfectamente delimitadas para evitar la discrecionalidad del órgano público y que se afecte la seguridad jurídica de los agentes económicos.

En este ámbito se deberá precisar las facultades reguladoras que se asignarán al órgano de control de la competencia y aquellas que le permitirán ejercer el

control de las prácticas contrarias a la competencia y las autorizaciones que podrán conferir, así como la atribución de imponer sanciones administrativas, cuando el caso lo amerite. Se deberá tener especial cuidado en la facultad sancionadora, estableciendo sanciones acordes con la gravedad de la falta y que la tipificación de las conductas sea claramente establecida considerando que nuestro sistema jurídico establece que solamente a través de una ley se pueden tipificar infracciones y establecer penalizaciones, sea pecuniarias o si el efecto dañoso para la sociedad es tan significativo que amerite una sanción en el ámbito penal, teniendo siempre en cuenta y no dejando de lado el debido proceso consagrado en la constitución. Otro aspecto que debe ser materia de regulación es el órgano del Estado que tendrá la facultad de juzgar en caso de trasgresión de las normas, manteniendo el principio de unidad jurisdiccional que impide que los órganos que pertenecen al poder ejecutivo ejerzan facultades jurisdiccionales que corresponden al poder judicial. Se deberá establecer los recursos administrativos o jurisdiccionales que pueden ejercer los particulares en defensa de sus derechos, sea estableciendo nuevos recursos o remitiéndose a los recursos generales establecidos en la legislación. Sin menor importancia, no podemos dejar a un lado, el legislar sobre las causales que ocasionarían la destitución de algún miembro del órgano de control de la competencia, lo cual evitaría que sus miembros se conviertan en meras cuotas políticas o acercados a los gobiernos de turno.

2.3.1 ÓRGANO ESPECIALIZADO EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY DE COMPETENCIA EN CHILE.

Según la legislación chilena, le corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la Ley antimonopolios que forma parte de su normativa jurídica.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

El Tribunal estará integrado por: a) un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes, enviada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Solo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional; b) cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el Consejo del Banco Central previo concurso público. Los otros dos integrantes, también uno de cada área

profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, enviadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes; y, c) un profesional universitario designado por el Consejo Regional.

El Tribunal tendrá cuatro suplentes, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas.

El Consejo del Banco Central y el Presidente de la República, en su caso, designarán cada uno dos integrantes suplentes, uno por cada área profesional, para lo cual se podrán considerar las mismas nóminas propuestas para el nombramiento de los titulares.

El nombramiento de los integrantes del Tribunal se hará efectivo por el Presidente de la República mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción suscrito, además, por el Ministro de Hacienda.

La legislación chilena prohíbe a todo miembro titular del Tribunal, a asumir cualquier cargo, ya sea de: administración, gerencia o cualquier trabajo en relación de dependencia con cualquier agente económico que pueda estar sometido a las disposiciones de ésta ley; además, no podrán ocupar ningún cargo público durante el periodo para el que fueron electos. La única excepción para esta regla es ostentar el cargo de docente.

Los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permanecerán seis años en su cargo, pudiendo ser reelegidos. Sin embargo, el Tribunal se renovará parcialmente cada dos años.

El quórum para sesionar, según estipula la ley chilena, es de por lo menos tres miembros del Tribunal, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, dirimiendo el voto de quien presida en caso de empate.

La presente Ley también garantiza la imparcialidad de las decisiones que pueda llegar a alcanzar el Tribunal, toda vez que en su artículo 11, faculta al interesado a recusar a cualquier miembro del tribunal, por motivos que afecten su imparcialidad.

Todo miembro del Tribunal estará inhabilitado cuando en interés de la causa sea de su cónyuge o de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

2.3.2. CAUSALES PARA LA CESACIÓN DE FUNCIONES DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL:

1. Término del periodo legal de su designación.
2. Renuncia voluntaria.
3. Destitución por notable abandono de deberes.
4. Incapacidad sobreviniente.

Las medidas de los numerales 3 y 4 se harán efectivas por la Corte Suprema, a petición del Presidente del Tribunal o de dos de sus miembros, sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer la Corte Suprema.

El resto del personal que prestare servicios para el Tribunal, fijará sus relaciones para con este, de acuerdo al derecho laboral común. El nombramiento de los funcionarios se hará por el mismo Tribunal, previo concurso de antecedentes o de oposición.

El Presidente del Tribunal realizará los nombramientos mediante resolución que deberá enviar a la Contraloría General para efectos de su registro.

Para la obtención de recursos, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberá consultar anualmente, según sus necesidades presupuestarias, al Ministro de Hacienda.

Dentro de la primera quincena de cada año, el Presidente y el Secretario, presentarán una rendición de cuentas de gasto ante el pleno del Tribunal.

2.3.3. DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA:

La Fiscalía Nacional Económica será un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La Fiscalía Nacional Económica, con sede en Santiago, estará a cargo de un funcionario, denominado Fiscal Nacional Económico, de la exclusiva confianza del Presidente de la República. Le corresponderá ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del Servicio.

Sin perjuicio de los requisitos generales para ingresar a la Administración Pública, el Fiscal deberá acreditar título de abogado y diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el Servicio.

En la capital de cada una de las regiones, con excepción de la Metropolitana, habrá un Fiscal Regional Económico, quien actuará cumpliendo las funciones propias del Servicio en el respectivo territorio regional, bajo la dependencia del Fiscal Nacional Económico, a cuya vigilancia y control quedará sometido.

Lo dispuesto en el inciso anterior es sin perjuicio de las actividades que puedan llevar a cabo en esas regiones, los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica que sean destinados o comisionados a ejecutar misiones o tareas

determinadas del Servicio, para las que serán competentes por el solo ministerio de su destinación o comisión.

El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados pegado a derecho, según sus propias apreciaciones. Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico:

a) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente de la Comisión Resolutiva, la Dirección General de la Policía de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del Fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

El Fiscal Nacional Económico, con conocimiento del Presidente de la Comisión Resolutiva, podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas.

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización de la Comisión Resolutiva;

b) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante la Comisión Resolutiva y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.

Ante la Corte Suprema, el Fiscal Nacional Económico, por sí o por delegado, podrá defender o impugnar los fallos de la Comisión Resolutiva.

Respecto de las investigaciones practicadas por las Comisiones Preventivas y por los Fiscales Regionales Económicos y de los cargos formulados por unas y por otros, el Fiscal Nacional Económico podrá hacerlos suyos, ejerciendo sus funciones acusadoras ante la Comisión Resolutiva o desestimarlos, con informe fundado a esta misma;

c) Requerir de las Comisiones el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando;

d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten las Comisiones o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley;

e) Emitir los informes que soliciten la Comisión Resolutiva y las Comisiones Preventivas;

f) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades, o las municipalidades, tengan aporte, representación o participación, quienes estarán obligados a prestarla;

g) Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida en la letra anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesarios para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir.

El Fiscal Nacional Económico también podrá recabar y ejecutar por medio de los funcionarios que corresponda, el examen de toda documentación, elementos contables y otros que estime necesarios;

h) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.

Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros, podrán solicitar a la Comisión Resolutiva que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.

Esta solicitud deberá ser fundada y se presentará a la Fiscalía Nacional Económica dentro de los cinco días siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúe la respectiva presentación.

La Comisión Resolutiva conocerá y resolverá dicha solicitud en su sesión más próxima, con informe verbal o escrito del Fiscal Nacional Económico, y su pronunciamiento no será susceptible de recurso alguno;

i) Ejercitar la acción penal por sí o por delegado, cuando se lo ordene la Comisión Resolutiva.

El Fiscal Nacional Económico podrá delegar el ejercicio de la acción penal que le corresponde, en los abogados de la Fiscalía, en los Fiscales Regionales Económicos, o en el Consejo de Defensa del Estado;

j) Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorporales que integren el patrimonio del Servicio, incluso aquellos que permitan enajenar y transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales.

Las transacciones a que se refiere el inciso anterior deberán ser aprobadas por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando se trate de sumas superiores a dos mil unidades de fomento, y

k) Las demás que señalen las leyes.

2.3.4. DEBERES DEL TRIBUNAL:

1) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieran constituir infracciones a la presente ley;

2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquellos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas;

3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por lo particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieran relación con la libre competencia o pudieran atentar contra ella;

4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también el dictamen de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y,

5) Las demás que le señalen las leyes.

2.3.5. PROCEDIMIENTO DE LAS CAUSAS

El procedimiento será escrito, e impulsado de oficio por el Tribunal hasta la resolución definitiva.

El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en conocimiento de la Fiscalía. Admitido a trámite, se correrá traslado al interesado, para que conteste dentro del plazo de 15 días hábiles.

Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de dos años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan. Esta prescripción se interrumpe por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda de algún particular.

Sin perjuicio de las disposiciones generales, las acciones civiles derivadas de un atentado a la libre competencia prescriben en un plazo de cuatro años, contando desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva.

La notificación del requerimiento o de la demanda, con su respectiva resolución, será practicada por un ministro de fe.

Las demás resoluciones se notificarán a través de carta certificada enviada al domicilio de la persona a quien se deba notificar.

La legislación chilena, en su artículo 22 establece que una vez vencido el plazo para la contestación, el Tribunal podrá llamar a las partes a conciliación, es decir, busca también métodos alternativos para solución de conflictos. De no considerarlo pertinente o habiendo fracasado dicho trámite, se abrirá la causa a prueba por un plazo de 20 días hábiles.

Las pruebas que puedan presentarse, serán las mismas admitidas en el Código de Procedimiento Civil, y el Tribunal apreciará dichas pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

Según el artículo 23, vencido el término probatorio, el Tribunal así lo declarará. El Tribunal deberá oír los alegatos de las partes cuando alguna de éstas lo solicitare.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de oficio o a petición de parte, podrá decretar las medidas cautelares que crea necesarias, en cualquier estado de la causa, para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común. Estas medidas deberán ser notificadas.

La sentencia definitiva será fundada, debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere. Esta sentencia deberá dictarse dentro del plazo de 45 días, contado desde que el proceso se encuentre en estado de fallo.

En la sentencia el Tribunal podrá tomar las siguientes medidas:

- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- Ordenar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios.
- Aplicar multas a beneficio fiscal. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.

Para la determinación de las multas se considerará: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor.

Las resoluciones emitidas por el Tribunal, salvo la sentencia definitiva, serán susceptibles de recurso de reposición.

Solo será susceptible de recurso de alzada, ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva emitida por el Tribunal, a solicitud del Fiscal Nacional Económico o a petición de cualquiera de las partes. Dicho recurso deberá ser fundado, y podrá presentarse dentro de los 10 días hábiles, contados desde la respectiva notificación.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, es el órgano encargado de ejecutar las resoluciones emitidas por dicho órgano, para tales efectos, contará con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia.

2.4 ÓRGANO ESPECIALIZADO EN EL CONTROL Y PREVENCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL PERÚ

El Artículo 1 de la Ley Sobre Represión de la Competencia Desleal determina como objetivo de dicha ley el evitar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas, tanto dentro del Perú, como en las importaciones que se realicen.

De acuerdo a la presente ley, para que un acto sea calificado como competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, cualquier persona que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal podrá iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado.

El afectado podrá iniciar la acción cuando el acto se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, incluso, cuando ya hubieran cesado sus efectos.

Corresponderá a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, conocer y resolver en

primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos administrativos que se inicien con sujeción a la presente Ley. Con lo resuelto por el Tribunal, queda agotada la vía administrativa y las partes tendrán derecho para impugnar judicialmente la resolución, conforme lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles del Perú.

El artículo 27 dispone que una vez iniciada la acción, la oficina administrativa competente podrá requerir de oficio las pruebas que estime pertinentes y gozará de las más amplias facultades de investigación, para lo cual dispondrá del auxilio de la fuerza pública.

Según la legislación peruana, las acciones por competencia desleal prescriben a los dos (2) años, contados desde la fecha en que cesó la realización del acto.

2.5 ANÁLISIS DE PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REGULATORIA DE LA ACTIVIDAD DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL ECUADOR QUE UNIFICA LOS PROYECTOS NO. 25-948 Y 27-1013

El Proyecto de “LEY ORGÁNICA REGULATORIA DE LA ACTIVIDAD DE COMPETENCIA ECONÓMICA” se fundamenta en “que en el Ecuador, el descrédito institucional y la inseguridad jurídica, que son el producto de la debilidad de normas e instituciones, nos obliga a la tarea fundamental de consolidar y crear instituciones fuertes, transparentes para de esta manera generar certidumbre y seguridad jurídica que se transforman en inversión, crecimiento y respeto de la normativa vigente, asumiendo desde el inicio de manera responsable su reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía social de mercado competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos. En este contexto estamos convencidos que países como el Ecuador, al contar con una política de competencia y su correspondiente normativa tendría una herramienta que les ayudará a hacer frente a la globalización y la liberalización comercial.”

Debemos tomar muy seriamente la necesidad de diseñar la estructura, alcance, fines, facultades y demás parámetros legales para la creación de la Superintendencia de Competencia, cuya organización debe ser acorde con la consecución de sus fines propios, en relación a lo que nuestra sociedad necesita, o bien sean diseñadas en base de las capacidades de las que se dispone en materia de libre competencia económica.

El objetivo fundamental de la elaboración de una Ley Orgánica Regulatoria de la Actividad y Competencia Económica, debe plasmarse creando instituciones que regulen la libre competencia económica de manera que se favorezca la creación de mayor riqueza, pero de una manera tal que pueda alcanzar a todos los estratos de la sociedad.

Otro aspecto importante es el establecimiento de los acuerdos y prácticas prohibidas que serán consideradas como fallas y distorsiones en la actividad económica, y al mismo tiempo establecer sus sanciones. Es decir, el proyecto de ley es claro en determinar los acuerdos y prácticas prohibidas así como sus respectivas sanciones, plasmadas en los artículos 13, 14, 19 y 25 del mencionado Proyecto de Ley que regula lo siguiente:

Art. 13.- Se prohíben y sancionan los acuerdos, prácticas o conductas entre agentes económicos, las decisiones o recomendaciones de gremios empresariales o profesionales y las prácticas concertadas, cualquiera sea la forma que adopten, que tenga por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia actual o de modo potencial, y que se ejecuten afectando significativamente, en todo o en parte el funcionamiento del mercado nacional, entre otros los que consisten en:

- a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios, ya sea entre competidores o no competidores;

- b) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, desarrollo técnico o las inversiones;
- c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuándo no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor;
- e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgar descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias tales como monto y volumen;
- f) La subordinación en los contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias o condiciones que como por su naturaleza o con arreglo a los usos mercantiles, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- h) El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o al libre ejercicio de la competencia por otras empresas;
- i) El establecimiento, concertación o coordinación de posturas o la abstención en las licitaciones, concursos u otra forma de contratación o

adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como subastas públicas y remates.

En la misma el artículo 14 del Proyecto anteriormente mencionado determina como anticompetitivas las siguientes prácticas:

Art. 14.- Se prohíben o sancionan las conductas o prácticas unilaterales de los agentes económicos, que levanten injustificadamente barreras de acceso o que restrinjan, disminuyan o afecten el proceso de competencia actual o de modo potencial en el mercado, con el objeto o efecto de:

- a) Limitar la producción o el desarrollo técnico en perjuicio de la competencia y los consumidores;
- b) Fijar precios discriminatorios, condiciones o modalidades, situando a otros agentes económicos en desventaja competitiva o impedir el ingreso de potenciales competidores; o,
- c) Negarse sin justificación objetiva, a satisfacer las demandas de compras de productos o de prestación de servicios.

Las prácticas consideradas como abuso de posición de dominio o de dependencia económica se encuentran determinadas claramente en el artículo 19 que a continuación citamos:

Art. 19.- Constituye abuso de posición dominante y por lo tanto infracción a la presente ley cuando, una agente económico dominante en el mercado, a efectos de mantener o mejorar su posición en el mercado, impide, restringe,

falsea, distorsiona o levanta barreras a la competencia, ya sea ejercida de manera individual o si la ostentan conjuntamente varios agentes económicos.

A efectos de establecer la capacidad unilateral de uno o varios agentes económicos para levantar barreras injustificadas, impedir, falsear o distorsionar en el mercado, según lo previsto en el artículo 18 del presente Proyecto de Ley, se deberá comprobar que el presunto responsable tiene poder sustancial sobre dicho mercado.

El abuso de posición de dominio o de dependencia económica podrá consistir, entre otros, en:

- a) la imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones de transacción no equitativas, incluyendo precios predatorios;
- b) la limitación de la producción, del mercado o del desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) La discriminación de precios, condiciones o modalidades para prestaciones similares;
- d) Ventas condicionadas o vinculadas; y,
- e) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios.

Para establecer el abuso, se deberá comprobar que el presunto responsable tiene posición dominante o poder sustancial sobre el mercado relevante de bienes o servicios según los criterios e instrumentos analíticos que establezca el reglamento de este Proyecto de Ley.

Se considerará que un agente tiene poder sustancial sobre el mercado cuando pueda fijar su línea de actuación sin tomar en cuenta la respuesta de sus competidores y de los consumidores o usuarios.

Serán determinadas como conductas de competencia desleal las determinadas en el artículo 25 del Proyecto de Ley que en su tenor literal reza:

Art.25.- Se prohíben las conductas y actos de competencia desleal entre agentes económicos, en violación de normas de buena fe comercial, ética comercial, usos honestos y sana costumbre en el comercio, entre otros los siguientes:

- a) La utilización o difusión de publicaciones o manifestaciones comerciales incorrectas o falsas, la omisión de las verdades o cualquier tipo de prácticas que, por las circunstancias en que tengan lugar, sean susceptible de inducir a error o confusión a sus destinatarios, sobre la actividad, servicios, las prestaciones comerciales, así como la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo, el precio, la calidad o la cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas;
- b) La realización o difusión de manifestaciones sobre el servicio, producto, la actividad, las prestaciones, el establecimiento o la relaciones comerciales de un tercero que sean idóneas para menoscabar directa o

indirectamente, su criterio en el mercado, a no ser que sean exactas verdaderas y pertinentes. Estarán prohibidas las referencias a la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualquier otra circunstancia estrictamente personal del afectado;

- c) La comparación pública de actividades, prestaciones, productos, servicios o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero cuando la comparación se refiera a elementos que no sean afines, esenciales u objetivamente comprobables;
- d) La limitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un competidor cuando dicha estrategia se halle encaminada a impedir u obstar su afirmación en el mercado;
- e) Toda conducta que tenga por efecto o finalidad desviar la clientela de la actividad, prestaciones comerciales o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a la buena fe o costumbre mercantil. Igualmente se considerará desleal cuando se aproveche indebidamente de los derechos de exclusividad, la reputación o del esfuerzo de este tercero;
- f) La apropiación, divulgación, explotación de información que esta legítimamente bajo el control de un operador económico, en la medida que dicha información, concurrentemente, sea adquirida utilizada por terceros sin el consentimiento del que la controla, en especial por medio de espionaje o procedimientos análogos; sea secreta en el sentido que

generalmente no puede ser conocida fácilmente o ser accesible para personas introducidas en los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; tenga un valor comercial por ser secreta; y haya sido objeto de medidas razonables en las circunstancias para mantenerla secreta tomadas por el operador económico que legítimamente la controla;

- g) Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena solo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor de el mercado u otras análogas;
- h) La utilización de un medio de comunicación social, ya sea escrito, televisivo o radial, para difundir cualquiera de las prácticas prohibidas previstas en el presente artículo y en la cual se demuestre la relación societaria en los términos detallados en el presente Proyecto de Ley;
- i) Sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida, constituye competencia desleal el

prevalecer en el mercado de una ventaja adquirida mediante el incumplimiento de una norma jurídica.

El artículo 66 dispone que en los casos de infracciones a las disposiciones contempladas en los artículos precedentes, serán sancionadas por el CONACE con una multa equivalente a un porcentaje del valor de los ingresos totales brutos del infractor, dependiendo el grado de la infracción.

El Capítulo Sexto, título primero, crea el organismo de promoción y defensa de la competencia económica que es el siguiente:

- Superintendencia de Competencia Económica que es la autoridad nacional de promoción y defensa de la competencia, tendrá entre sus funciones más importantes las de defender y promover la competencia a través de la reglamentación y control; y velar por el cumplimiento de las normas establecidas en el presente Proyecto de Ley y de los compromisos internacionales del país en materia de competencia. La Superintendencia de Competencia a su vez cuenta con los siguientes órganos:

a) El Consejo Nacional de Competencia Económica (CONACE) que será su máxima autoridad; tiene facultades exclusivas de resolver y sancionar las violaciones legales.

b) El Superintendente de Competencia Económica que será su representante legal. Adicionalmente, ejercerá la Presidencia del CONACE, y entre sus funciones y atribuciones se encuentra la de establecer las políticas nacionales para la promoción y defensa de la competencia, de acuerdo con los lineamientos fijados todavía por el CONACE y evaluar la ejecución de aquellas.

c) La Intendencia Nacional de Competencia Económica que tendrá a su cargo entre otras las siguientes funciones: investigar las prácticas y acuerdos anticompetitivos, de abuso de posición dominante, concentración económica, competencia desleal, prácticas monopólicas y de restricción a la competencia e iniciar a través del Intendente Nacional de Competencia Económica las investigaciones y las acciones ante el CONACE para el juzgamiento de todas las infracciones establecidas en el Proyecto de Ley.

CAPITULO III

3.1.- ANALISIS DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD:

El sujeto de derecho dispone de prerrogativas que el orden jurídico contemporáneo reconoce y protege. Estos derechos, que la teoría del derecho privado califica de subjetivos, adquieren estatus jurídico como consecuencia del intercambio de declaraciones de voluntad. Esta facultad constituye la herramienta fundamental gracias a la cual las personas enmarcan las relaciones que ellas entablan con otros sujetos, individuales o colectivos. La figura del contrato es, al final de cuentas, el instrumento técnico que se acopla para tal fin.²⁷

En la época en que el Código Napoleón imperaba, existía una relación contractual que poseía fuerza vinculatoria. Y este vínculo social continúa siendo esencialmente jurídico y moral.

Los civilistas de comienzos del siglo XX eran concededores de divergencias entre la ficción de la libertad contractual, por un lado, y las exigencias sociales que limitaban su ejercicio, por otro. Se protegió, así, su libre ejercicio gracias a que se reconocían un fundamento moral y que tenían por fin promover el uso legítimo del derecho.²⁸

La voluntad una vez exteriorizada, libre de vicios, es capaz de crear por sí misma obligaciones.

²⁷ CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General Tomo I, Volumen I, Pág.311., basado en las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Redactadas y Ampliadas por Antonio Vodanovic; Editorial Nacimiento, 1971

²⁸ B. Hojman P., "Autonomía de la voluntad y libertad contractual". Memoria. Santiago, 1.945.

En este principio de la autonomía de la voluntad reposa el derecho moderno, lo cuál no ocurría en el primitivo Derecho Romano. De acuerdo con sus normas, la voluntad humana era en principio, incapaz de crear obligaciones por sí misma. Por lo que actualmente se entiende y de hecho debe aplicarse, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

3.1.1. EL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO

Las convenciones libremente suscritas constituyen aún el fundamento incontestado y definitivo de las obligaciones privadas de cualquier naturaleza, tanto de las que surgen en el marco de las relaciones internas cuanto de las internacionales, si esta también clásica distinción corresponde todavía a la realidad de nuestros días. No se debe preocupar uno, con el objeto querido o, si se prefiere, con el contenido intercambiado por las partes. Basta con que los derechos subjetivos y sus recíprocas obligaciones hayan sido libremente queridos para que los mismos se tornen dignos de protección.

Si el acto jurídico es por definición, una manifestación de voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, es claro decir que en él no pueden faltar ni la voluntad real del agente (el elemento interno) ni la manifestación o declaración de la voluntad (elemento externo).

La voluntad real es la que interviene en la formación de un acto jurídico y puede definirse como la autodeterminación de uno o más agentes a la celebración de dicho acto.²⁹

Este proceso, que se cumple en todo acto jurídico, explica por qué el derecho, al emprender su valoración, analiza cada uno de los factores y de las etapas para determinar si el acto realmente existe o no y, en caso de existir, si se ha desarrollado normalmente o si, por el contrario, en cualquier momento de su existencia se ha presentado alguna falla de que puedan derivarse consecuencias jurídicas.

En todo caso, la voluntad real del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico y es un requisito legal de este, que no puede ser sustituido por ningún otro elemento distinto, ni siquiera por la declaración material de dicha voluntad.

3.1.2. LA DECLARACIÓN DE LA VOLUNTAD.-

Resulta obvio pensar que la voluntad del agente o agentes no constituye, por sí sola, acto con consecuencias jurídica, sino que además es indispensable que dicha voluntad se manifieste, que trascienda del interior en el cual se desarrolla, proyectándose al exterior y a los otros agentes sociales que son el objeto propio del derecho. Solamente cuando esto último sucede puede

²⁹ CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General Tomo I, Volumen I, Pág.312., basado en las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Redactadas y Ampliadas por Antonio Vodanovic; Editorial Nacimiento, 1971

iniciarse el procesamiento jurídico del acto, que parte de la verificación de la existencia de ese fenómeno externo, la declaración o manifestación, y de sus condiciones objetivas de legalidad.

Por otra parte, al enunciar los elementos integrantes del acto jurídico, respecto de la forma que debe contener la manifestación o declaración encontramos dos ideas claras:

En primer lugar, en el derecho moderno, rige el principio general de la consensualidad de los actos jurídicos, que consiste en el reconocimiento por parte del legislador de la libertad de los particulares en cuanto a la elección de dicha forma. Así, los agentes, según su mejor conveniencia, pueden usar de la expresión oral o de la escritura, o pueden emplear signos o realizar hechos que, de acuerdo con la ley o con los usos comunes, traduzcan clara e inequívocamente su voluntad de actuar, y que, hasta en algunas legislaciones contemporáneas, se admite que el solo silencio puede llegar a constituir forma adecuada de consentir en ciertos actos jurídicos.

Pero en segundo lugar, se debe señalar que el derecho no ha podido prescindir totalmente del formalismo, con fundamento en la necesidad de proteger la autonomía de la voluntad privada y de garantizar la seguridad del comercio, ha tenido que exigir que ciertos actos, en realidad muy pocos, deban revestirse de formalidades más o menos complejas, cuya inobservancia puede repercutir sobre la existencia y eficacia de dichos actos.

Estas consideraciones permite formular, un principio cuya importancia: la forma de la declaración o manifestación de la voluntad debe ser legítima, y solo lo es cuando ésta autorizada por el postulado de la consensualidad de los actos jurídicos, o cuando, tratándose de actos formales, se apega a las prescripciones legales respectivas.

3.2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD FRENTE A LA LEY.

En la época presente parece renacer una especie de nuevo formulismo, pero su naturaleza y objeto difiere del antiguo. Las formalidades de las leyes modernas no se dictan para la existencia o validez de los actos, sino principalmente para resguardar los derechos de terceros y permitir a éstos conocer los actos que otras personas realizan.³⁰

El formulismo de ahora se explica de muy diversa manera que el antiguo. Por la multiplicidad y el desarrollo de las relaciones sociales y jurídicas, nosotros contratamos más rápida y continuamente que antes con personas que nos son desconocidas. Preciso es que contemos con los medios para cerciorarnos de su situación jurídica, de su capacidad, de su capacidad de los derechos que les pertenecen en cuanto a los bienes en cuya virtud entramos en trato con dichas personas: Estamos ¿frente a una persona capaz o frente a un incapaz?, Ante ¿un propietario o ante un usurpador? La ley debe procurar que estas

³⁰ CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General Tomo I, Volumen I, Pág.311., basado en las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Redactadas y Ampliadas por Antonio Vodanovic; Editorial Nacimiento, 1971.

preguntas puedan responderse y los puntos precisarse. Por eso ella somete ciertos actos jurídicos para su oponibilidad al público, a nuevas especies en formalidad. Y ahí, por ejemplo determinadas situaciones en que pueden hallarse ciertos bienes, deben inscribirse en registro público, que cualquiera puede consultar, si no se procede a la inscripción, el acto de que se trata, vale, a pesar de todo, entre las partes, pero no tendrá mérito ni efectos frente a terceros, no podrá oponérseles³¹. Ejemplo: El Contrato de Compraventa con reserva de dominio de bienes muebles, que requiere de la inscripción del contrato en el Registro Mercantil, así como también la Compraventa de bienes muebles que tiene como formalidad el celebrarse por escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Uno de los principales aspectos o aplicación de la autonomía de la voluntad es la libertad contractual, que consiste en la libertad de que gozan los particulares para celebrar los contratos que les plazcan y determinar su contenido, efectos y duración.³²

En materia contractual, la ley reglamenta las relaciones jurídicas como lo habrían hecho las mismas partes. Por consiguiente, las normas legales sólo se aplican en el silencio de estas, que pueden no sujetarse a ellas y sustituirlas por otras reglas de su elección, con el único límite de respetar al orden público y las buenas costumbres.³³

³¹ ALESSANDRI, Alejandro, "Valor jurídico del silencio", Tomo I PÁG. 101

³² B. Hojman P., "Autonomía de la voluntad y libertad contractual". Memoria. Santiago, 1.945.

³³ Artemio Llanos M. "El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones ". Memoria, Concepción ,1.944.

Hoy en día el principio de la libertad contractual está muy cercenado. Las legislaciones modernas van siendo cada vez más penetradas por la idea del contrato dirigido, esto es el contrato reglamentado y fiscalizado por los poderes públicos en su formación, ejecución y duración. Por ejemplo un Contrato de Transporte regulado por el Código de Comercio.

Las causas de la contratación dirigidas son múltiples. Pero todas pueden resumirse en la tendencia de los poderes Públicos a proteger a los débiles y en las necesidades de la economía dirigida.³⁴

En el derecho actual sigue imperando el principio de la autonomía de la voluntad, pero con muchas restricciones. La influencia del contrato dirigido en las legislaciones es cada vez mayor.

3.3. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS CONTRATOS

La voluntad de las partes es el elemento básico y preponderante en los contratos, debiendo atenderse a ella para interpretarlos. En efecto, se debe tener claro y presente que una vez conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

³⁴ A.Alessandri R., "El contrato dirigido" Estudio publicado en la revista de derecho y jurisprudencia ", tomo XXXVIII, primera parte, sección derecho págs. 5 a 14.

De otro lado se entiende factible que se pueda renunciar a los derechos conferidos por las leyes con tal que solo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida su renuncia.

En principio, la autonomía de la voluntad se refiere tanto a la forma como al fondo de los actos.

La autonomía de la voluntad, en cuanto al fondo de los actos, se traduce en la amplia libertad que tienen las partes para estipular las cláusulas, de sus acuerdos, los derechos y obligaciones que recíprocamente se imponen, su facultad sólo encuentra límites frente a los conceptos de orden público y buenas costumbres.³⁵

En los últimos tiempos, también ha sufrido cercenamiento esta amplia libertad de contratar, en atención a los superiores intereses colectivos y a la tendencia que tienen los poderes públicos de asumir la tutela de los económicamente débiles. De ahí las leyes que fijan ciertas condiciones inderogables por las partes en cuanto al contrato de trabajo, las que establecen el sueldo vital, las que fijan el precio máximo de los artículos de primera necesidad y las que establecen el tope de las rentas de arrendamiento, etc.³⁶

Pero con todo, la libertad de celebrar actos jurídicos continúa siendo la regla y debe aplicarse claramente la autonomía de la voluntad enmarcada en la

³⁵ CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General Tomo I, Volumen I, Pág.311., basado en las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Redactadas y Ampliadas por Antonio Vodanovic; Editorial Nacimiento, 1971.

³⁶ Cevallos Vásquez Víctor, "Manual de Derecho Mercantil" Editorial Jurídica del Ecuador

normativa vigente para que los actos privados se encuentren revestidos por legalidad y así evitar actuar en contra de normas expresas.

Por lo que atañe a la forma de los actos, la autonomía de la voluntad se manifiesta en la libertad que tienen las partes para expresar su voluntad en la forma que más convenga. El excesivo formulismo romano ha sido dejado de lado en gran parte.

3.4. EL SOMETIMIENTO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL DENTRO DEL DERECHO DE COMPETENCIA.

La supremacía del principio de la autonomía de la voluntad es uno de los triunfos más importantes del pensamiento del derecho occidental, pues esta teoría ha sido el resultado del trabajo de los jurisconsultos romanos y continuada por sus discípulos contra el formalismo simbolista de los sistemas primitivos y contra las consecuencias derivadas de él.

Efectivamente, la idea de la prevalencia de la voluntad real de los agentes jurídicos indujo a los jurisconsultos romanos a minar el arcaico principio que hacía depender la eficacia de los actos de las formulas rituales empleadas.³⁷

Una vez analizada la evolución del principio de la autonomía de la voluntad, resumiéndola como un paso evolutivo del formalismo que originaron los sistemas primitivos, podemos empezar a entender que el origen del Derecho

³⁷ CURSO DE DERECHO CIVIL, Parte General Tomo I, Volumen I, Pág.312., basado en las clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Redactadas y Ampliadas por Antonio Vodanovic; Editorial Nacimiento, 1971

de Competencia permite enmarcar al principio de la autonomía de la voluntad como uno de sus elementos fundamentales, que mantiene como su ente rector un principio aún mayor que es el beneficio general; es decir, permitiría asegurar que los acuerdos o convenios celebrados entre sujetos de derecho, originen beneficios para ellos, pero nunca en virtud de un perjuicio para la colectividad.

En otras palabras, el derecho de competencia vendría a ser la frontera, ***entre otras (protección del consumidor, del medio ambiente y otros bienes jurídicos protegidos de mayor jerarquía)***... de hasta dónde podría extenderse el principio de la autonomía de la voluntad.

- La Ley de Desarrollo Pesquero en su Art. 66, sanciona con la suspensión de los beneficios tributarios establecidos a favor de las empresas que se acogen a dicha Ley a aquellas empresas que recurran a procedimientos ilícitos: Serán causa de suspensión temporal del goce de beneficios: c) Recurrir a procedimientos ilícitos para impedir el establecimiento de empresas competidoras, emplear medios reñidos con la leal competencia de precios y calidad para obstar las operaciones de las mismas. Asimismo, será sancionada: d) La fusión de empresas o la concentración de acuerdos entre empresas, relativos a la política de producción, predios y distribución, cuando dichas fusiones o acuerdos sean perjudiciales a los intereses nacionales. Llama la atención que esta norma data de 1985, en que las tendencias hacia la libre competencia no tenían mayor difusión en nuestros países.
- El Art. 145 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre prohíbe toda forma de monopolio en el servicio de transporte terrestre.
- En materia de energía eléctrica, existe una importante regulación tanto legal como reglamentaria tendiente a garantizar y favorecer la libre competencia. En efecto, la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, en su Art. 38 prohíbe expresamente conductas monopólicas, tales como la colusión para la fijación de precios por encima de aquellos que existirían en ausencia de dicha conducta colusiva; políticas predatorias tendientes a excluir del mercado eléctrico a empresas rivales o a dificultar el ingreso de nuevas, especialmente generadores; la discriminación, en

igualdad de condiciones de precios o de tratamiento con respecto al acceso a las instalaciones de transmisión y distribución, y otras similares por parte de los generadores, el transmisor y los distribuidores y que tengan por efecto eliminar o dificultar la libre competencia en el sector eléctrico o perjudicial a los consumidores por la vía de los precios.

- La ley de la materia confiere al CONSEJO NACIONAL DE ELECTRIFICACION (CONELEC), órgano rector del sector eléctrico, la facultad de velar porque no se realicen prácticas contra la libre competencia. Asimismo la Ley del Sector Eléctrico precautela que no se produzcan concentraciones en las distintas etapas de la prestación del servicio eléctrico garantizando, la separación jurídica y económica entre generadores, transmisores y distribuidores.

Para impedir las prácticas que atenten contra la libre competencia, el CONELEC expidió en septiembre del 2001 el Reglamento sobre el control de abusos de posiciones monopólicas en las actividades del sector eléctrico. Este reglamento contiene el mayor desarrollo normativo en materia de competencia en la legislación ecuatoriana. Define las prácticas consideradas contrarias a la libre competencia, normas para el control del tamaño de las Empresas, disposiciones para que la compraventa de energía se desarrolle en un régimen de libre competencia y para el control de abuso de posiciones monopólicas. Cabe destacar, que en este reglamento, se confía al Director Ejecutivo

del CONELEC, la prevención, el control y la imposición de sanciones de conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes del sector eléctrico. Con esta normativa se crea el marco jurídico idóneo para que efectivamente sea aplicable el régimen para precautelar la libre competencia en materia eléctrica.

- Los servicios telefónicos que eran prestados exclusivamente por el Estado, en la actualidad, han sido abiertos a la libre competencia. El régimen de libre competencia en esta materia está consagrado en el Art. 38 de la Ley Especial de Telecomunicaciones que dispone que todos los servicios de telecomunicaciones se brindarán en régimen de libre competencia, evitando los monopolios, prácticas restrictivas o de abuso de posición dominante y la competencia desleal.

La facultad para controlar que las actividades dentro del sector de las telecomunicaciones se desarrollen en un régimen de libre competencia está confiada a la Superintendencia de Telecomunicaciones, órgano administrativo autónomo dirigido por el Superintendente del ramo, quien es designado por el Congreso Nacional. Cabe mencionar que, por su parte el Art. 18 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada confiere al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) una atribución similar facultándole para evitar la competencia desleal. De esta manera se ha dado lugar a un conflicto de competencias entre los dos entes públicos que se desenvuelven en el ámbito de las telecomunicaciones, generando

eventuales confrontaciones entre las dos autoridades, que podrían evitarse guardando coherencia entre las distintas normas.

Es cuestionable que se confieran atribuciones a un órgano público a través de un reglamento cuando esta clase de disposiciones forzosamente deben provenir de una norma legal o constitucional. De todas maneras cabe anotar que esta controversia deberá superarse al amparo de lo establecido en el Art. 272 de la Constitución Política que dispone que, en caso de conflicto entre normas de diferente jerarquía, se aplicará aquella jerárquicamente superior.

Según el literal g) del Art. 28 de la Ley de Telecomunicaciones, la Superintendencia tiene la facultad de sancionar las infracciones determinadas en la misma, entre las que se contempla la competencia desleal en la prestación del servicio de telecomunicaciones. Las sanciones aplicables, dependiendo de la gravedad de la falta, pueden ser la amonestación escrita, suspensión temporal o definitiva del servicio o la cancelación de la concesión o autorización para prestar el servicio, según lo dispuesto en el Art. 29 de la Ley.

El Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones contiene un capítulo destinado a precautelar la libre competencia, y concede al Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) facultades para el efecto, incluyendo la atribución de dictar las políticas y normas que promoverán, protegerán y regularán la libre competencia entre

prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo prescrito en el literal m) del Art. 88. El CONATEL es el órgano colegiado integrado por representantes del Estado, de las Cámaras de la Producción y de los trabajadores del sector de telecomunicaciones. Será encargado de establecer, en representación del Estado, las políticas y normas de regulación de los servicios de telecomunicaciones.

El Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones, faculta al CONATEL según lo dispone su artículo 18 a preservar la libre competencia, evitando la competencia desleal, estimulando el acceso a nuevos prestadores de servicios, previniendo tratos discriminatorios; y, evitando actos y prácticas restrictivas. Otra de las facultades otorgadas al CONATEL, es la constante en el reglamento en su artículo 20 que, dispone que para evitar actos contrarios a la libre competencia, el CONATEL podrá ajustar las tarifas o los precios fijados por los prestadores de los servicios de telecomunicaciones.

El mismo reglamento, en su artículo 27 determina a quién se considerará como operador dominante; es decir, al proveedor de servicios de telecomunicaciones que haya tenido, al menos, el treinta por ciento (30%) de los ingresos brutos de un servicio determinado en el ejercicio económico inmediatamente anterior, o que, en forma efectiva, controle, directa o indirectamente, los precios en un mercado o en un segmento de mercado o en una circunscripción geográfica determinados; o, la conexión o interconexión a su red. Para esto, el

artículo 28 dispone que todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones deberán presentar en la Secretaría, dentro de los primeros 120 días de cada año, sus estados financieros; y a su vez, el CONATEL deberá calificar a dichos prestadores de servicios dentro de los primeros 150 días de cada año, según lo dispuesto en el artículo 29 del mismo reglamento.

De la resolución del CONATEL se podrá recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

- El Art. 155 de la Ley de Propiedad Intelectual faculta a la Dirección de Propiedad Industrial para otorgar licencias de uso de patentes obligatorias, (la autoridad impone al titular de la patente la obligación de permitir el uso de la misma a un tercero), cuando se presenten prácticas declaradas jurídicamente como contrarias a la libre competencia, en particular cuando constituyan abuso de posición dominante en el mercado por parte del titular de la patente.
- Otra de las actividades respecto a la cual la legislación expresamente establece se prestará en régimen de libre competencia, es el servicio de seguridad privada de personas naturales o jurídicas, bienes muebles e inmuebles y valores, regulada en el Art. 1 de la Ley de Empresas de Seguridad Privada.

- La Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI), en su Art. 6, prohíbe cualquier práctica o disposición administrativa o económica que limite la libre competencia. Una disposición similar contempla la Ley de Hidrocarburos que prohíbe, en todas las actividades de hidrocarburos, las prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia.

Un importante avance legislativo hacia la desmonopolización, constituyó la expedición de la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios por parte de la iniciativa privada, que en su artículo primero señala que el objeto de la Ley es regular la prestación de los servicios públicos y las actividades económicas por parte de la iniciativa privada mediante la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de los servicios o actividades previstos en el numeral uno (Art. 249) de la Constitución Política.

CONCLUSIONES:

En Ecuador se está viviendo un proceso de cambios dentro de la política y la economía nacional, cuya primera manifestación importante se dio con la entrada a la dolarización. Pero la transformación de nuestro entorno socio-económico, político y jurídico no puede quedar únicamente en medidas coyunturales, sino que deberá adaptarse y responder a la esencia misma de sociedad y sobre todo en la institucionalidad del estado.

Es bajo este proceso de cambio que desde 1998 se viene afianzando, con la vigencia de la nueva constitución, la reforma estructural del Estado Ecuatoriano. En efecto, como una manifestación político-jurídica de esa corriente se establece claramente, como Política de Estado, la institución de una economía social de mercado en el Ecuador. Concomitantemente, y vista la necesidad de crear las condiciones que viabilicen la realización de dicho sistema económico, se consagra constitucionalmente que el Estado promueva el desarrollo de actividades y mercados competitivos, impulsando la libre competencia y sancionando las prácticas monopólicas, anticompetitivas, el abuso de posición dominante, competencia desleal, concentraciones económicas y otras que impidan y distorsionen el normal desenvolvimiento del mercado, todo esto en beneficio y defensa del bien común.

La libre competencia verá su objetivo cumplido cuando en base a normas claras, los agentes económicos privados, que mantienen diversas actividades y relaciones comerciales ven la posibilidad de desarrollar dichas actividades con

la mayor libertad contractual posible, esto sí dentro de un marco legal claro y eficiente que permite estar acorde con la apertura comercial mundial y la creciente aparición de nuevas figuras contractuales.

En referencia al objetivo general planteado en esta tesis, que busca analizar la superioridad o prevalencia del principio de autonomía de la voluntad contractual frente a las prácticas anticompetitivas determinadas en el derecho de competencia o antimonopolio, podemos concluir que debe prevalecer la autonomía de la voluntad por sobre el derecho de competencia, siempre y cuando no exista y no se promulgue una Ley de competencia en materia económica en Nuestro País, que regularice las prácticas monopólicas que puedan suponer un sometimiento por parte de una de las partes contratantes.

En los últimos tiempos la tendencia del derecho contemporáneo ha sido limitar la libertad contractual en atención a los intereses colectivos y a la tendencia que tienen los poderes públicos de asumir la tutela de los económicamente débiles. El principio de autonomía de la voluntad obedece a una concepción individualista del derecho, lo que ha derivado en que las normas jurídicas adopten una tendencia socializada, y la autonomía de la voluntad vaya sufriendo nuevas limitaciones.

Es cierto que en la presente época parece renacer una especie de nuevo formulismo. Las formalidades de las leyes modernas no se dictan para la existencia o validez de los actos, sino principalmente para resguardar los

derechos de terceros y permitir a éstos conocer los actos que otras personas realizan.

El principio de la libertad contractual se ha visto delimitado cada vez más ya que en las legislaciones modernas se va teniendo presente cada vez más la idea del contrato dirigido, esto es el contrato reglamentado, tipificado y fiscalizado por los poderes públicos en su formación, ejecución y duración. Las causas para este tipo de contratación son múltiples.

Por lo que es evidente que en el derecho actual, si bien sigue imperando el principio de la autonomía de la voluntad, ésta tiene muchas restricciones. La influencia del contrato dirigido y/o contratos tipificados, en las legislaciones es cada vez mayor, buscando con esto afianzar una figura contractual determinada que brinde seguridad y certeza para las partes contratantes; y que a su vez, no permita que dicha figura contractual se distorsione o pierda sus características principales.

Las normas de competencia son nuevas en la legislación ecuatoriana. La Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente en 1998 es la primera que eleva a categoría constitucional la protección a la libre competencia.

El texto constitucional es un reflejo de la nueva tendencia de las economías de los países en las últimas décadas por tratar de aperturar los mercados y desmonopolizar los servicios públicos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, encontramos numerosas disposiciones legales dispersas que establecen sanciones o prohibiciones a las prácticas contrarias a la competencia. Es por esta razón, que la aplicación de dichas normas ha sido ineficiente, debido a la inexistencia de una normativa específica sobre esta materia.

Una Ley de Competencia es un derecho consagrado en la Constitución y en Tratados Internacionales, pretende asegurar un correcto desenvolvimiento de los agentes económicos que intervienen en el mercado, y alcanzar un equilibrio de poderes entre ellos, y debería buscar que se establezcan los mecanismos de control, sanción y un Órgano competente para la efectiva aplicación de esta ley.

Pero de ninguna manera, puede el derecho de competencia prevalecer por sobre todo tipo de actividades comerciales; pues, su finalidad es conseguir un perfecto equilibrio entre los agentes económicos, su producción, y los consumidores y la necesidad de satisfacer su demanda de un bien o servicio, a través del libre desenvolvimiento de las relaciones comerciales privadas guiadas por la autonomía de la voluntad para contratar apegada a la normativa vigente y específicamente a toda regulación en materia de competencia.

Los sistemas económicos actuales, influenciados por un fuerte proceso de globalización industrial, comercial y cultural, se han visto en la imperiosa necesidad de aumentar en su ordenamiento jurídico normas relativas a la competencia que faciliten determinar cuándo un contrato o convenio pueden

ser aplicables, sin permitir que los demás productores del mismo bien o servicio se vean perjudicados por prácticas desleales.

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes sigue siendo un pilar fundamental dentro de la creación de contratos, no podemos olvidarnos que fue este principio jurídico el que originó un continuo desarrollo de las figuras contractuales que conocemos actualmente. Se debe dejar abierta la posibilidad de celebrar contratos atípicos en la mayor cantidad posible.

La regulación de contratos que se consideraban atípicos, significa una intervención o participación, así sea mínima, del Estado en el desarrollo del Mercado.

La libertad contractual, consagrando el principio de la autonomía de la voluntad, significa el cumplimiento y fortalecimiento de la Seguridad Jurídica, fortaleciendo el desarrollo de relaciones comerciales dentro del mercado entre privados que deberán estar basadas en normas de índole económico, como por ejemplo la oferta y la demanda enmarcadas en una Ley de Competencia eficaz que reconozca la tendencia globalizada del mercado y permitir la apertura de sus agentes a celebrar contratos de diferentes características remarcados de legalidad absoluta. Es legalidad viene dada por la expresión o manifestación de la voluntad para realizar tal acto jurídico.

En los actuales momentos el vertiginoso desarrollo de las relaciones comerciales globalizadas hace preponderante el establecimiento de reglas

claras y simples para favorecer la libre competencia y evitar pactos entre los mismos particulares en perjuicio de terceros participantes del mismo mercado.

En el caso concreto de la franquicia podemos hacer un análisis ubicándolo dentro de los contratos de adhesión. El Franquiciado al momento de expresar su voluntad de obligarse frente a las cláusulas estipuladas en el contrato por parte del Franquiciante, pierde automáticamente la posibilidad de negociar mejores condiciones, ya que la aceptación de estas condiciones determina un sometimiento ya conocido sobre el cual no se podrá pactar variación alguna. Estaríamos claramente frente a la libertad de contratar más no frente a una libertad contractual, por lo que no se puede desarrollar ampliamente el principio de autonomía de la voluntad, pasando a convertirse en una mera expresión de voluntad de someterse a algo ya establecido.

Las características propias del Contrato de Franquicia, las hace un contrato atípico y que no debe pensar en tipificarlo de ninguna manera.

El franquiciado tiene la posibilidad de analizar la posibilidad de someterse a las cláusulas del convenio, si es que esto le conviene o no; y en ejercicio de su libertad contractual decidir cumplir con las obligaciones adquiridas.

Al ser el contrato de franquicia un contrato complejo por la composición de varias figuras jurídicas dentro de él, debe mantenerse al margen de cualquier tipo de regulación tipificada, dejando claro y entendido que la libertad

contractual es la base para el correcto desenvolvimiento del negocio, por el sometimiento a normas constantes en un contrato previamente establecidas.

Si bien las partes contratantes no se encuentran en las mismas condiciones para negociar por la posición de uno frente al otro, es imperioso asesorarse comercialmente, y sobre todo jurídica y legalmente, para así lograr y alcanzar una capacidad de negociación superior y así buscar que se equipare la relación entre los participantes del negocio y lograr, en la medida de lo posible, que no exista sometimiento o supremacía de uno de los sujetos involucrados..

Sin Embargo, y por las características propias de este contrato, las posibles controversias derivadas de la imposición de cláusulas en el contrato por parte del Franquiciante, podrían ser resueltas por los Jueces y Jurisprudencia o por la misma Legislación de competencia cuando se promulgue.

RECOMENDACIONES:

En virtud de las conclusiones anteriormente expuestas, consideramos que el Ecuador debería promulgar una Ley de Competencia que regule y sancione todo tipo de prácticas monopólicas o de competencia desleal como convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, la adquisición o abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso al mercado o restrinjan indebidamente la competencia. Basándonos en este supuesto, el Ecuador contaría con una legislación que regule no la contratación en cualquiera de sus figuras, sino que regule la libre competencia dentro de la economía social de mercado determinada en la Constitución Política vigente.

Sin embargo, no podemos olvidar el mencionar que el Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual no puede sobreponerse al Derecho de Competencia, pues, este último persigue un bien más general que es el bien común.

La Autonomía de la Voluntad Contractual va seguir manifestándose en todo tipo de contratación, siempre y cuando no altere, restrinja o distorsione el normal desenvolvimiento de los agentes económicos que intervienen en el mercado, ya sean estos privados o estatales.

El Contrato de Franquicia debe mantenerse al margen de la discusión sobre la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad y el derecho de competencia, por sus características propias y por tratarse de un contrato

complejo por su composición. No se deberá regularlo en ningún cuerpo legal, porque de esa manera podría ponerse en igualdad de condiciones a las partes contratantes. Esto no puede ocurrir ya que el franquiciante se estaría beneficiando ilegítimamente de los bienes, servicios, prestigio, know how, y todo lo que conlleva este contrato, al momento de desconocer este sometimiento obligatorio a ciertas condiciones impuestas por el franquiciado.

Por otro lado es importante que el Proyecto de “LEY ORGÁNICA REGULATORIA DE LA ACTIVIDAD DE COMPETENCIA ECONÓMICA” que se encuentra en el Congreso Nacional para que se realice su segundo debate, sea aprobado con la mayor brevedad posible, ya que el Ecuador es el único país de la región que no cuenta con una Ley que controle y dé las directrices para la adopción de una política de competencia.

El mencionado Proyecto de Ley se fundamenta en el descrédito institucional y la inseguridad jurídica que se ha vivido en el Ecuador, que son el producto de la debilidad de normas e instituciones, lo que obliga a la tarea fundamental de consolidar y crear instituciones fuertes, transparentes para de esta manera generar certidumbre y seguridad jurídica que se transforman en inversión, crecimiento y respeto de la normativa vigente, asumiendo desde el inicio de manera responsable su reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de una economía social de mercado competitiva a través de una competencia sana entre los agentes económicos.

Uno de los aspectos importantes que se establecen en el Proyecto de Ley en mención, es el establecimiento y sus respectivas sanciones de, entre otros, los acuerdos y prácticas prohibidas que serán consideradas como fallas y distorsiones en la actividad económica, que tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia actual o de modo potencial, y que se ejecuten afectando significativamente, en todo o en parte el funcionamiento del mercado nacional

Por otro lado es importante que se cree un organismo de promoción y defensa de la competencia económica como la Superintendencia de Competencia Económica que tiene que convertirse en la autoridad nacional de promoción y defensa de la competencia, para defender y promover la competencia a través de la reglamentación y control; y velar por el cumplimiento de las normas establecidas en el presente Proyecto de Ley y de los compromisos internacionales del país en materia de competencia.

ANEXO 1

CASOS PRÁCTICOS DE FRANQUICIA:

ENTREVISTA No. 1

ING. GEOVANNY PEÑA

FRANQUICIANTE - CASSAVE

Pregunta No. 1: ¿Por qué escogió el Contrato de Franquicia para expandir su actividad comercial?

R: El modelo contractual de la Franquicia fue adoptado como consecuencia de una creciente demanda en el mercado, tanto de un bien o servicio que se brinda, como de las personas interesadas en obtener una licencia de uso de la marca.

En este caso particular, se trata de una franquicia relativamente nueva en el mercado, pero se maneja cumpliendo con todos los elementos esenciales de una Franquicia, es decir, se cedió el derecho de uso de una marca, traspasando la tecnología y el conocimiento, a cambio del pago de lo que se conoce como “derecho de entrada” y de regalías, bajo el compromiso de que se le de un buen uso a la marca y se mantenga su calidad y el reconocimiento que ya ha alcanzado en el mercado.

Pregunta No. 2: ¿Al momento de suscribir el Contrato de Franquicia prevaleció La Autonomía de la Voluntad o se fijó como un Contrato de Adhesión?

Para la suscripción del contrato de Franquicia, al momento de la firma del mismo, no existe la posibilidad de que se negocien las cláusulas del contrato, esto con la razón de dar iguales obligaciones y derechos a todos los que quieran participar de esta franquicia, asegurándose de que todos los Franquiciados se encuentren en igual condición contractual, al momento de operar sus franquicias.

El negociar individualmente un contrato de franquicia con cada interesado, podría generar conflictos y malestar al no otorgarse a cada Franquiciado iguales condiciones para ingresar al mercado, impidiendo de esta forma que sean igualmente competitivos dentro del giro de negocio que realizan. Pero, manifiesta también que, en caso de que existan cláusulas en el contrato que perjudiquen a todos los Franquiciados, podría negociarse determinada cláusula o dejarla sin efecto reformando el contrato; pero obviamente, posterior a la suscripción inicial del mismo, previo acuerdo de las partes.

Pregunta No 3: ¿Qué cláusulas aumentaría usted a un Contrato de Franquicia Internacional?

R: El entrevistado reconoce que al momento de suscribirse un contrato de franquicia internacional, sí podrían existir diferencias respecto de los contratos celebrados con Franquiciantes locales, tomando en cuenta la realidad del mercado internacional al que se pretende ingresar con la franquicia, y dependiendo mucho del posicionamiento de la marca en dicho mercado.

Por otro lado, menciona que si al momento de celebrar un contrato de franquicia internacional, se otorga la franquicia master, se estaría tratando de un contrato que conlleva otro tipo de cláusulas adicionales, por ser este tipo de franquicias una cesión que atribuye mayores potestades al Franquiciado, pues éste puede llegar a cumplir las veces del Franquiciante dentro del territorio geográfico para el que se le concedió la franquicia master. Por lo que sería importante que se incluya una cláusula relativa al establecimiento de centros de acopia que faciliten el abastecimiento de materia prima e insumos.

En lo relativo al abastecimiento de suministros esenciales para la producción o fabricación del bien o servicio materia de la franquicia, es importante determinar la creación de centros de acopio. En estos centros se elabora el mismo producto o suministro que requiere el Franquiciado, pero con los recursos de determinado país o territorio.

En relación a las controversias que puedan originarse en el contrato, la práctica establece que las partes han de someterse a un procedimiento de arbitraje, a través de una cláusula arbitral incluida en el contrato, en la que se determina el centro de arbitraje al que voluntariamente se someten las partes, y la legislación aplicable para el mismo.

Pregunta No 4: ¿En base a qué parámetros se estableció el pago del Derecho de Entrada?

R: Al respecto, existen varias formas de calcular el monto de dicho pago que pueden ser: a) dándole un valor a la marca; b) evaluando la tecnología que se

va a transmitir al Franquiciado; y, c) de acuerdo a las ganancias que dicha marca genera. Todo esto, se relaciona directamente con la demanda que tenga la marca en el lugar al cual se ha de conceder la franquicia.

El titular de la franquicia debe calcular dicho monto en relación a los factores mencionados anteriormente, pero teniendo en cuenta que el monto a pagar por el interesado, debe ser lo suficientemente atractivo como para que éste se interese en adquirir la franquicia, con el objetivo de que en un tiempo determinado, éste pueda amortizar la inversión que realizó al adquirir una franquicia.

El pago del “derecho de entrada” sirve también para financiar la asistencia técnica que se va a brindar al Franquiciado, ya a través de personal de capacitación, o de personal que brinde supervisión y mantenimiento de los equipos necesarios para la fabricación o producción del bien o servicio materia de la franquicia.

Pregunta No 5: ¿Cuál fue el plazo de vigencia del Contrato de Franquicia otorgado por usted, y qué cláusulas se establecieron para la terminación anticipada del mismo?

R: El contrato de Franquicia garantiza al Franquiciado un tiempo mínimo de duración del contrato, con la finalidad de que quien haya adquirido una Franquicia pueda amortizar la inversión realizada al momento de adquirir la misma, a través de las ganancias que la venta de los bienes o servicios generen. En virtud de lo señalado se estableció como plazo de vigencia del contrato un período de cinco años.

En este caso particular, existe una cláusula que estipula que el valor otorgado por concepto de “derecho de entrada” no será reembolsable, si se diera por terminado el contrato bajo ciertas circunstancias como: desprestigio de la marca, o por no cumplir con el reglamento de utilización de la marca otorgado por el Franquiciante.

Para esto, el Franquiciante contrata personal estrictamente encargado de realizar inspecciones periódicas a cada uno de los Franquiciados, con el propósito de hacer cumplir las políticas y los manuales según los cuales se llegó a un acuerdo, bajo la pena de multa o retiro de la franquicia.

Pregunta No 6: ¿Cómo se fijó el pago de Regalías?

R: Otro elemento característico del contrato de Franquicia es el pago de una regalía por parte del Franquiciado a favor del Franquiciante, como contraprestación por el derecho adquirido por el primero para usar una marca de la que no es el propietario.

En el caso particular, se estipuló dos tipos de regalías que el Franquiciado está obligado a pagar: la primera es una regalía sobre ventas, y la segunda es una regalía para fondos de publicidad.

La primera consiste en un porcentaje de las ventas mensuales del Franquiciado. Este porcentaje, según lo estipulado en el contrato, varía dentro de los primeros años del contrato; es decir, el primer año el porcentaje será inferior al del segundo año, y así progresivamente hasta llegar a un porcentaje que se mantendrá fijo durante la vigencia del contrato. Con esto el

Franquiciante busca favorecer los intereses del Franquiciado, permitiéndole recuperar la inversión realizada para la obtención de la Franquicia.

La segunda también consiste en el pago de un porcentaje de las ventas mensuales del Franquiciado, destinadas a fondos de publicidad. La diferencia es que este porcentaje es bastante inferior al otro porcentaje establecido.

Pregunta No 7: ¿Cómo se estableció en el Contrato de Franquicia otorgado por usted el abastecimiento de suministros y materia prima?

R: En el Contrato consta una cláusula mediante la cual se obliga al Franquiciado a adquirir ciertos productos directamente del Franquiciante o de determinados proveedores para mantener una misma imagen, calidad y servicio.

En el caso de proveeduría de materia prima o suministros, el contrato estipula que se han de realizar las veces que sean necesarias; sin embargo, tienen un sistema de stock mínimo y máximo, lo cual permite realizar un control de los suministros o de la materia prima existente.

Pregunta No 8: ¿Cómo influye el Principio de la Autonomía de la Voluntad Contractual en la celebración de un Contrato de Franquicia?

R: Pueden existir un sin número de cláusulas que pueden ser anexadas a este tipo de contratos, esto en razón de la autonomía de la voluntad de las partes

para contratar. Un ejemplo, es la cláusula en la que se obliga al interesado a realizar un estudio de mercado con anticipación al inicio de actividades de la franquicia, para asegurarse que la marca llegue al sector de consumidores que se espera, y con la aceptación deseada.

Pregunta No 9: ¿Qué importancia tiene el determinarse si una franquicia es exclusiva o no en relación al Franquiciado?

R: En un contrato de Franquicia es esencial garantizar la exclusividad que va a tener el Franquiciado para la utilización de una marca en un determinado territorio. Este es otro aspecto del contrato que puede variar, bien sea estipulando la exclusividad territorial para el establecimiento de una franquicia, o a través de un número de puntos de venta que una franquicia pueda tener en un determinado territorio.

Pregunta No 10: ¿Considera usted importante que en el Ecuador exista una Ley que regule el Contrato de Franquicia?

Personalmente considero beneficioso el que se regule el contrato de Franquicia en el Ecuador, tanto para determinar los derechos y obligaciones fundamentales que deben tener las partes en su relación contractual, así como para que no se distorsione la figura jurídica de la Franquicia con otras como el contrato de Licencia de Uso de Marca.

Vale la pena resaltar también la necesidad de que se deje abierto la posibilidad de convenir ciertas cláusulas en un contrato de Franquicia; es decir, que se regule esta figura jurídica, pero no en forma muy taxativa, respetando la autonomía de la voluntad de las partes para contratar, ya que no podemos olvidar que esta figura contractual se originó como consecuencia del aumento de la demanda de un bien o servicio en el mercado, lo que originó la necesidad de expandir ciertas barreras comerciales y geográficas.

Pregunta No 11: ¿Considera usted importante que en el Ecuador exista legislación que haga respetar la Libre Competencia en el mercado?

R: En cuanto al Derecho de Competencia, considero que es de suma importancia que en el Ecuador primero se cree una Ley de Competencia, y luego se legisle sobre Franquicia, para evitar que ambos cuerpos legales se contrapongan. Además, el contrato de franquicia nunca debe sobreponerse al derecho de competencia porque afectaría directamente a las partes, tanto al Franquiciado al momento de desempeñar sus actividades comerciales en relación con sus directos competidores, como al Franquiciante que vería reducidas sus ganancias al no conseguir un óptimo desempeño de la franquicia.

ENTREVISTA No. 2**INGENIERO JOSÉ ZUÑIGA****FRANQUICIADO (ALEGRO PCS)**

Pregunta No 1: ¿Por qué eligió el Contrato de Franquicia para expandir su actividad comercial?

R: Al tratarse de una marca nueva en el mercado, cuyo objetivo era brindar un bien y un servicio masivo en el territorio nacional, tratando de cubrir el mayor territorio posible, y competir de esta manera en forma directa e inmediata con las otras compañías prestadoras del servicio de telefonía celular que operaban en el Ecuador; el modelo contractual de la Franquicia fue el apropiado para agilizar el ingreso en el mercado de dicha marca, sin tener que cubrir directamente con los gastos elevados que implica el abrir sucursales de la marca a nivel nacional. Por esta razón, Alegro PCS tomó como estrategia comercial el otorgar franquicias a todo aquel que esté interesado en invertir en la marca.

El contrato de Franquicia permitió agilizar el posesionamiento de la marca en el mercado, y comercializar de esta forma los equipos, accesorios y el servicio de telefonía celular que brinda la Franquicia.

Esta Franquicia se maneja cumpliendo con todos los elementos esenciales de una Franquicia, es decir, se cedió el derecho de uso de una marca, traspasando la tecnología operativa de la franquicia, y brindando capacitación

tanto en ventas como en atención al cliente, a cambio del pago de lo que se conoce como “derecho de entrada” y de regalías, bajo el compromiso de que se le de un buen uso a la marca.

Pregunta No 2: ¿Al momento de suscribir el Contrato de Franquicia prevaleció la Autonomía de la Voluntad o se fijó como un Contrato de Adhesión?

R: Para la suscripción de un contrato de Franquicia, al momento de la firma del mismo, no existe la posibilidad de que se negocien las cláusulas del contrato, esto con la razón de dar iguales obligaciones y derechos a todos los que quieran participar de esta franquicia, asegurándose de que todos los Franquiciados se encuentren en igual condición contractual, al momento de operar sus franquicias.

Pregunta No 3: ¿Qué cláusulas aumentaría usted a un Contrato de Franquicia Internacional?

R: Personalmente creo que si se tratare de un Contrato de Franquicia Internacional, el modelo del contrato variaría en algunos aspectos, como podrían ser los siguientes: 1) debería acordarse el idioma en el que se convendría el contrato, si las partes fueren de países en los que se habla un idioma distinto. En la práctica este tipo de contratos se suscriben en Inglés; 2) debería fijarse la moneda en la que se realizaría el pago tanto del “derecho de entrada” como de las regalías; 3) especificar el procedimiento que debería

seguir el Franquiciado para obtener la materia prima e insumos que requiera para elaborar el bien o prestar el servicio objeto de la Franquicia; 4) Fijar el territorio en el cual el Franquiciado va a comercializar el bien o el servicio del cual no es titular; 5) Determinar si se le entrega o no al Franquiciado una Master-Franquicia; 6) Definir la prohibición o no de que el Franquiciado pueda exportar a otros países los bienes o servicios de la marca otorgada a través del Contrato de Franquicia; y 7) Estipular cómo se han de resolver las controversias que se deriven de la ejecución de dicho contrato, ya sea mediante una cláusula arbitral o sometiéndose a la legislación de un determinado país.

Pregunta No 4: ¿En base a qué parámetros se estableció el pago del Derecho de Entrada?

R: El pago del “derecho de entrada” fue fijado unilateralmente por el Franquiciante, consistió en un pago único que debía realizarse al momento de suscribir el contrato.

Pregunta No 5: ¿Cuál fue el plazo de vigencia del Contrato de Franquicia otorgado a usted, y qué cláusulas se establecieron para la terminación anticipada del mismo?

R: La cláusula referente a la duración del contrato, estipula que el mismo tendrá una vigencia de dos años, el cual podrá ser renovado previo acuerdo

escrito de las partes. Adicionalmente, dentro de la misma cláusula del contrato, se reconoce que El Franquiciante se puede reservar también el derecho de renovar el contrato cuando así lo considere.

Pregunta No 6: ¿Cómo se fijó el pago de Regalías?

R: El pago de regalías se estableció del volumen de ventas mensuales, de acuerdo a los productos, accesorios y servicios que vendía el Franquiciado durante el mes; es decir, este porcentaje varía dependiendo del producto o servicio que se venda, los cuales podían ser: a) por prepago un determinado porcentaje; b) por pospago otro; y, c) por venta de accesorios telefónicos otro porcentaje distinto.

Pregunta No 7: ¿Cómo se estableció en el Contrato de Franquicia otorgado a usted el abastecimiento de suministros, materia prima o proveeduría?

R: En este contrato encontramos una cláusula especial referente a la forma en que el Franquiciado debe adquirir los equipos y accesorios de propiedad del Franquiciante. El contrato estipula que dicha operación debe realizarse mediante una consignación; es decir, el Franquiciado no paga por los equipos y accesorios que recibe mensualmente, sino que únicamente paga al Franquiciante por los equipos que éste pudo vender durante el mes, devolviendo los equipos y accesorios sobrantes.

Al respecto, si bien es conveniente no pagar por los equipos que recibe para la venta mensual, se vio perjudicado en relación a otros Franquiciados, al no recibir los mismos productos y accesorios de mayor demanda en el mercado, lo cual le impedía cumplir con el mínimo de ventas establecido en el contrato, como meta de ventas impuesta a los Franquiciados. El contrato estipulaba que al cumplir con la meta de ventas mensual, el Franquiciado sería beneficiario de un bono que representaba una ganancia considerable, la cual permitía al Franquiciado ir recuperando el capital que invirtió para adquirir dicha Franquicia. Por dicha razón, esta Franquicia dejó ser un negocio rentable; y además, marcó la desigualdad de condiciones entre Franquiciados, y que se produzca una competencia desleal entre los mismos, al no estar en igualdad de condiciones para cumplir con lo establecido en el contrato, y al no tener las mismas ventajas para generar ingresos tanto para ellos como para la Franquicia.

Pregunta No 8: ¿Cómo influye el Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual en la celebración de un Contrato de Franquicia?

R: En este tipo de contratos, sobre los cuales no existe legislación alguna que los regule, permite que las partes puedan establecer cualquier tipo de cláusulas en razón de los intereses que persigan, pudiendo ser dichos intereses muy ambiciosos y perjudiciales para la contraparte. En el caso específico de la Franquicia, todas las cláusulas del contrato están destinadas a beneficiar al Franquiciante en todo sentido.

Un ejemplo de la influencia del Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual que puedo especificar dentro del contrato que suscribí con Alegro PCS es el siguiente: con la suscripción del contrato recibí un manual de uso de la marca, según el cual también se ha de guiar la relación contractual entre las partes. Este manual encierra parámetros tales como: protocolo de venta, exhibiciones, limpieza del local, mantenimiento de vitrinas, uniformes, regulaciones para contratación de personal, etc.

En esto radica también el éxito de la Franquicia porque en este tipo de negocios nada se inventa, todo está escrito, y si te sometes a las indicaciones establecidas, el negocio tendrá éxito.

En lo referente al establecimiento del local donde iba a funcionar la Franquicia, requería de la aprobación del Franquiciante, previo estudio de mercado en el cual se determine el flujo de personas que frecuentan el sector. Sobre éste tema, el contrato también manifiesta que debe mantenerse un margen de mínimo cinco cuadras a la redonda de distancia, para colocar otro local de la misma Franquicia.

En el contrato se estipuló que el local iba a ser diseñado por el Franquiciante, y entregado el diseño al Franquiciado para que mantengan todas las Franquicias un mismo diseño para conocimiento general del público.

Pregunta No 9: ¿Qué importancia tiene el determinarse si una Franquicia es exclusiva o no en relación al Franquiciado?

R: Es de suma importancia conocer si como Franquiciado se tiene la exclusividad de la Franquicia dentro de un territorio; en base a esto, una Franquicia puede volverse más atractiva para el inversionista.

En mi caso particular, no se me otorgó la exclusividad de la Franquicia, sino que se determinó como territorio para el establecimiento de la Franquicia la ciudad de Quito, prohibiéndose expresamente en el contrato que comercialice la marca a nivel nacional o inclusive provincial.

Pregunta No 10: ¿Considera usted importante que en el Ecuador exista una Ley que regule el Contrato de Franquicia?

R: Debido al crecimiento de la figura contractual de la Franquicia en el Ecuador, debería haber una ley que promulgue los derechos y obligaciones de las partes dentro del contrato de Franquicia, garantizando la protección tanto del Franquiciante como del Franquiciado; ya que, al llevarse a cabo la relación contractual únicamente según lo estipulado en el contrato, es el Franquiciado quien se encuentra en desigualdad de condiciones.

En el caso exclusivo de la Franquicia, debería existir una Asociación de Franquiciadores en el Ecuador que autorice tanto a Franquiciantes a otorgar Franquicias, como a Franquiciados para suscribir los contratos correspondientes, previo cumplimiento de ciertos requisitos como podrían ser: estudio de mercado al que se quiere llegar con la marca, presentación de una garantía bancaria de ambas partes contractuales que garantice el

cumplimiento del pago de una posible indemnización en caso de incumplimiento del contrato.

Pregunta No 11: ¿Considera usted importante que en el Ecuador exista legislación que haga respetar la libre competencia en el mercado?

R: Considero de mucha importancia que en el Ecuador se legisle sobre Derecho de Competencia, a través de una ley que determine qué prácticas, convenios o acuerdos son considerados competencia desleal. La competencia del ente que ha de juzgar las prácticas anticompetitivas o de competencia desleal, la jurisdicción que el mismo ente ha de tener, la conformación del ente regulador de la competencia, y en la cual se determine las atribuciones que han de tener al momento de ejercer sus funciones, sin dejar de lado un capítulo muy importante como el de las sanciones; es decir, determinar qué tipo de sanciones podrá establecer dicha entidad controladora y qué tan coercitiva podrían llegar a ser dichas sanciones.

ENTREVISTA No. 3**INGENIERO JOSÉ ZUÑIGA****FRANQUICIADO (TOTO`S)**

Pregunta No 1: ¿Por qué escogió el Contrato de Franquicia para expandir su actividad comercial?

R: Cuando suscribí el Contrato de Franquicia fue por el interés de comercializar en el Ecuador, una marca de la cual no soy el titular. La demanda que tiene la marca TOTO`S en el mercado nacional ha ido creciendo en los últimos años, volviéndose en un negocio atractivo para los inversionistas. La marca de la cual soy titular de la Franquicia comercializa ropa, maletines y accesorios. La Franquicia es de origen colombiana, y en los últimos años ha expandido su mercado en territorio ecuatoriano a través de una Master Franquicia.

Esta franquicia se maneja cumpliendo con todos los elementos esenciales de una Franquicia, es decir, se cedió el derecho de uso de una marca, traspasando la tecnología operativa de la franquicia, y brindando capacitación tanto en ventas como en atención al cliente, a cambio del pago de lo que se conoce como “derecho de entrada” y de regalías, bajo el compromiso de que se le de un buen uso a la marca y se mantenga el reconocimiento que la marca ha alcanzado en el mercado.

Pregunta 2: ¿Al momento de suscribir el Contrato de Franquicia prevaleció la Autonomía de la Voluntad o se fijó como un Contrato de Adhesión?

R: Para la suscripción de un contrato de Franquicia, al momento de la firma del mismo, no existe la posibilidad de que se negocien las cláusulas del contrato, esto con la razón de dar iguales obligaciones y derechos a todos los que quieran participar de esta franquicia, asegurándose de que todos los Franquiciados se encuentren en igual condición contractual, al momento de operar sus franquicias.

En el caso particular de esta Franquicia, a pesar de que las normas contractuales son muy estrictas, en la práctica, el Franquiciante me permite realizar ciertas operaciones que no están establecidas en el contrato previo acuerdo verbal de las partes. Un ejemplo práctico de estas operaciones adicionales es el intercambio de productos sobrantes en bodega entre los distintos puntos de Franquicia a nivel nacional, ya entre ellos, como con el Master Franquiciante.

Pregunta No 3: ¿Qué cláusulas aumentaría usted a un Contrato de Franquicia Internacional?

R: Personalmente creo que si se tratare de un Contrato de Franquicia Internacional, el modelo del contrato variaría en algunos aspectos, como podrían ser los siguientes: 1) debería acordarse el idioma en el que se convendría el contrato, si las partes fueren de países en los que se habla un idioma distinto. En la práctica este tipo de contratos se suscriben en Inglés; 2) debería fijarse la moneda en la que se realizaría el pago tanto del “derecho de entrada” como de las regalías; 3) especificar el procedimiento que debería

seguir el Franquiciado para obtener la materia prima e insumos que requiera para elaborar el bien o prestar el servicio objeto de la Franquicia; 4) Fijar el territorio en el cual el Franquiciado va a comercializar el bien o el servicio del cual no es titular; 5) Determinar si se le entrega o no al Franquiciado una Master-Franquicia; 6) Definir la prohibición o no de que el Franquiciado pueda exportar a otros países los bienes o servicios de la marca otorgada a través del Contrato de Franquicia; y 7) Estipular cómo se han de resolver las controversias que se deriven de la ejecución de dicho contrato, ya sea mediante una cláusula arbitral o sometiéndose a la legislación de un determinado país.

Pregunta No 4: ¿En base a qué parámetros se estableció el pago del “Derecho de Entrada”?

R: El pago del “derecho de entrada” no fue negociado por mi parte, sino simplemente dispuesto por el Master Franquiciante, valor que fue cancelado al contado el día de suscripción del Contrato. El pago del “derecho de entrada” es una obligación que debemos cumplir incondicionalmente quienes estamos interesados en adquirir una Franquicia.

Pregunta No 5: ¿Cuál fue el plazo de vigencia del Contrato de Franquicia otorgado a usted, y qué cláusulas se establecieron para la terminación anticipada del mismo?

R: La cláusula referente a la duración del contrato, estipula que el mismo tendrá una vigencia de dos años, el cual podrá ser renovado previo acuerdo escrito de las partes. El Franquiciante se reserva también el derecho de renovar el contrato cuando así lo considere.

Este es uno de los riesgos de las Franquicias, pues el Franquiciante se reserva el derecho de renovar el contrato cuando considere que su marca ha tenido un buen posesionamiento en un determinado territorio para el cual se otorgó una Franquicia. Esto siempre va a constituir un riesgo, toda vez que el Franquiciado es quien ha invertido y trabajado en el posesionamiento de la marca, siendo esto algo que no está garantizado en el contrato.

En la práctica, el Franquiciante que consideré que su marca ha tenido una gran aceptación en un determinado mercado, puede optar por no renovar el contrato, y abrir directamente una sucursal de la marca de la que es titular, ya no como Franquicia.

Pregunta No 6: ¿Cómo se fijó el pago de Regalías?

R: El pago de regalías se fijó en un porcentaje de las ventas mensuales del Franquiciado, sin fijarse ningún otro tipo de regalía a pagarse bajo ningún concepto. La Master Franquicia tiene un margen que debe pagar al Franquiciante de la marca, es por esto que quien es titular de la Master Franquicia establece un margen adicional a los Franquiciados en el Ecuador, para así obtener también sus ganancias.

Pregunta No 7: ¿Cómo se estableció en el Contrato de Franquicia otorgado a usted el abastecimiento de suministros, materia prima o proveeduría?

R: En cuanto a proveedurías, el contrato garantiza un descuento del 5 al 10% si la compra de mercadería se realiza al contado. Por otro lado, si la compra de mercadería se realiza a crédito, el contrato estipula un plazo de 30 a 60 días para el pago del valor de la mercadería, dependiendo de la cantidad que se haya solicitado al Franquiciante.

En el mismo contrato se fija las fechas en que están autorizados los Franquiciados a realizar liquidaciones, asumiendo la responsabilidad de apegarse estrictamente a lo que dispone el contrato en lo relativo a liquidaciones, bajo la amenaza de sanción, o retiro de la franquicia en caso de que el incumplimiento sea de mayor gravedad.

Pregunta No 8: ¿Cómo influye el Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual en la celebración de un Contrato de Franquicia?

R: En este tipo de contratos, sobre los cuales no existe legislación alguna que los regule, permite que las partes puedan establecer cualquier tipo de cláusulas en razón de los intereses que persigan, pudiendo ser dichos intereses muy ambiciosos y perjudiciales para la contraparte. En el caso

específico de la Franquicia, todas las cláusulas del contrato están destinadas a beneficiar al Franquiciante en todo sentido.

Un aspecto positivo de la libertad contractual dentro del contrato suscrito con TOTO'S es el siguiente: el Franquiciado con la suscripción del contrato recibe un manual de uso de la marca, según el cual también se ha de guiar la relación contractual entre las partes. Este manual encierra parámetros tales como: protocolo de venta, exhibiciones, limpieza del local, mantenimiento de vitrinas, uniformes, regulaciones para contratación de personal, etc.

Por otro lado, para la aprobación del local donde va a funcionar la Franquicia, el contrato estipula que, se requiere del visto bueno del Franquiciante para asegurarse que las instalaciones han de ser las óptimas para la realización del giro del negocio.

Pregunta No 9: ¿Qué importancia tiene el determinarse si una Franquicia es exclusiva o no en relación al Franquiciado?

R: En este caso particular, la Franquicia fue otorgada en relación a las plazas disponibles a nivel nacional. En la sierra no se iban a otorgar más Franquicias, ya que por estudios el Franquiciante logró determinar que la demanda del mercado estaba completamente cubierta. Por esta razón, al Franquiciado me otorgó la Franquicia exclusiva para el territorio comprendido dentro de la provincia de Manabí.

En mi caso, el hecho de se determine una exclusividad a nivel provincial es muy importante porque me permite crecer en relación a la demanda que exista

en el mercado, y amortizar con más rapidez lo invertido para la obtención de la Franquicia.

Pregunta 10: ¿Considera usted importante que en el Ecuador exista una Ley que regule el Contrato de Franquicia?

R: Debido al crecimiento de la figura contractual de la Franquicia en el Ecuador, debería haber una ley que promulgue los derechos y obligaciones de las partes dentro del contrato de Franquicia, garantizando protección tanto al Franquiciante como al Franquiciado; ya que, al llevarse a cabo la relación contractual únicamente según lo estipulado en el contrato, es el Franquiciado quien se encuentra en desigualdad de condiciones.

Pregunta No 11: ¿Considera usted importante que en el Ecuador exista legislación que haga respetar la libre competencia en el Mercado?

R: Sobre este punto, es muy importante y primordial que el Ecuador posea una Ley sobre Derecho de Competencia que regule la entidad estatal que ha de determinar qué se considera como prácticas anticompetitivas o como competencia desleal, y cuáles son las sanciones que se pueden establecer tanto entre Franquiciados en relación con los consumidores, como entre el Franquiciante en relación con sus Franquiciados. Es importante que el Franquiciante provea siempre al Franquiciado de los productos denominados

“estrella” de la marca, garantizando que tanto Franquiciante como Franquiciado puedan alcanzar un mismo volumen de venta.

Por otro lado, considero también muy importante la existencia de una Ley de Competencia que asegure el óptimo desempeño de todos los agentes económicos que intervienen en el mercado, logrando con esto que los mismos Franquiciados no se encuentren en condiciones inapropiadas para desempeñar su negocio, lo cual podría ocasionar una eventual quiebra, y por tal razón, un desprestigio de la marca objeto de la Franquicia.