

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia
Carrera de Derecho

Disertación previa a la obtención del título de Abogado

Tema: Cláusula de daños frente al consumidor en el contrato de franquicia en
Ecuador.

Autora:
Camila Belén Pilamunga Chávez

Director:
Abg. Francisco López Rueda

Mayo 2023
Quito, Ecuador

Dedicatoria

A mi padre Freddy Nivaldo y a mi madre Elva Pricila que día a día me han acompañado en esta nueva etapa de mi vida y han hecho todo lo posible para que yo pueda cumplir mis sueños. Por el amor y comprensión incondicional que siempre he recibido.

A mi hermana María Alejandra que ha sido mi cómplice y mejor amiga durante todos estos años, con quien he compartido los mejores y peores momentos de vida. Te amo con todo el corazón, eres lo mejor que me pudo pasar.

A mi por haberme esforzado y luchado todos estos años por lograr mis metas.

Agradecimiento

El principal agradecimiento a Dios que me ha guiado y ha dado la fortaleza para seguir adelante en cada momento de mi vida.

A toda mi familia, Freddy, Elva, Alejandra, Samantha, Milly y Molly por su comprensión y estímulo constante, además de su apoyo incondicional a lo largo de todos estos años de estudio.

A mi tutor de tesis Dr. Francisco López por todo el conocimiento, enseñanzas y tiempo dedicado en este trabajo de titulación.

Y a todas las personas que de una u otra forma me ayudaron a la realización de este trabajo.

Tabla de contenidos

Resumen

Abstract

Palabras clave

Índice

Introducción

Sección I: Responsabilidad civil extracontractual y derechos del consumidor

1.1. Responsabilidad civil extracontractual

1.1.1. Definición

1.1.2. Reparación del afectado en accidentes en locales comerciales

1.1.3. Legislación comparada, Colombia

1.2. Derechos del consumidor

1.2.1. Desarrollo de los derechos del consumidor en el Ecuador

1.2.2. La reparación del consumidor

1.2.3. Mecanismos de protección al consumidor ante accidentes suscitados en instalaciones comerciales

Sección II: Contrato de franquicia y cláusulas de protección al franquiciante

2.1. El contrato de franquicia

2.1.1. Conceptos y evolución histórica en el Ecuador

2.1.2. Sistema de reparación dentro del contrato de franquicia en la legislación ecuatoriana

2.2. Responsabilidad del franquiciante

2.2.1. La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros

Resumen

En el presente trabajo de disertación se analizará la responsabilidad civil extracontractual, su definición abordada como una fuente de obligaciones donde esta consiste en reparar el daño causado al afectado, específicamente en locales comerciales. La jurisprudencia mencionada nos enseña la forma en como los tribunales actúan y determinan si ha existido negligencia por parte de los locales comerciales, concluyendo si son o no responsables extracontractualmente. Y una comparación entre nuestra legislación con la colombiana siendo esta mucho más desarrollada, algo extraño cuando somos países muy cercanos y tenemos el mismo sistema romano germánico.

Se tratará sobre los derechos de los consumidores y su desarrollo en la Ley Orgánica de Defensa al consumidor, que demuestran el avance en la protección que tienen los usuarios de bienes y servicios dentro del territorio nacional, aunque no lo suficiente para que los consumidores afectados dentro de locales comerciales puedan obtener una reparación correspondiente a los daños sufridos. Finalmente se desarrollará el contrato de franquicia y sus cláusulas específicas, que resultan mucho más eficientes para obtener una reparación por accidentes suscitados en locales comerciales. Concluyendo quien es el verdadero culpable, si el franquiciante al incumplir su deber de cuidado o el franquiciado por su negligencia.

Palabras clave:

Responsabilidad civil extracontractual, obligaciones, derechos del consumidor, contrato de franquicia.

Abstract

In the present dissertation work, the tortious liability will be analyzed, its definition addressed as a source of obligations where this consists of repairing the damage caused to the affected party, specifically in commercial premises. The aforementioned jurisprudence teaches us the way in which the courts act and determine if there has been negligence by the commercial premises, concluding whether or not they are tortiously liable. And a comparison between our legislation and the Colombian one, which is much more developed, something strange when we are very close countries and we have the same Roman-Germanic system.

It will deal with the rights of consumers and their development in the Organic Law of Consumer Defense, which demonstrate the progress in the protection that users of goods and services have within the national territory, but not enough for consumers that were affected in commercial premises, that try to obtain a corresponding reparation for the damage suffered. Finally, the franchise contract and its specific clauses will be developed, which are more efficient to obtain a compensation for accidents in commercial premises. Concluding who is the real culprit, if the franchisor by breaching his duty of care or the franchisee by his negligence.

Key words

Tortious liability, obligations, consumer rights, franchising.

Introducción

La responsabilidad civil extracontractual en nuestro país no ha sido muy desarrollada, a diferencia de otros países como Colombia que inclusive cuenta con un instituto especializado en responsabilidad civil y principios específicos que rigen esta materia. Como el principio general de responsabilidad con culpa según el cual cualquier hipótesis de cierto tipo de conducta que cause un daño a terceros, ya sea por culpa o dolo, surge inmediatamente la obligación de reparar. Por lo cual es correcto asegurar que en Colombia existe el modelo donde la culpa es el principio general de responsabilidad, donde todo daño causado ya sea por culpa o dolo debe ser indemnizado y excepcionalmente se acepta la responsabilidad objetiva, no se toma importancia a la culpa o el dolo sino al daño en sí mismo. En este país este tema en específico no ha sido desarrollado mediante la creación de leyes, sino mediante la jurisprudencia, el verdadero ejercicio del derecho. Muy distinto a Ecuador donde hace falta una verdadera aplicación por parte de los jueces.

Gracias a la promulgación de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor se dejó de lado la inoperancia y la inaplicabilidad de los derechos de los consumidores. Con esta nueva ley se buscaba establecer el control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños, mala calidad de bienes y servicios, interrupción de los servicios públicos y las sanciones por la violación a estos derechos. Para una buena defensa de los derechos de los consumidores es necesaria la especialización de los jueces que juzgarán esta materia y el desarrollo de un procedimiento eficaz para la reparación inmediata de estos derechos.

Al igual que con los derechos de los consumidores el contrato de franquicia, que hasta hace poco era atípico, entró en regulación en el nuevo Código de Comercio promulgado en el 2019. A partir de la posibilidad de la obtención de un beneficio por la explotación de la marca registrada reconocida, los propietarios de esta permiten a terceros la producción de la mercadería, a riesgo propio, con tal identificación prestigiosa. Así, el uso de la marca registrada es autorizado en forma temporal a cambio del pago de una contraprestación acordada. El franquiciado se encuentra en la obligación de seguir las indicaciones dadas por el franquiciante con el fin de mantener la misma calidad de los bienes y servicios ofrecidos.

Sección I: Responsabilidad civil extracontractual y derechos del consumidor

1.1. Responsabilidad civil extracontractual

1.1.1. Definición

Empezaremos definiendo la responsabilidad como una fuente de obligaciones. Sabemos que la responsabilidad delictual y cuasidelictual se originaron en el Código Civil Napoleónico y consecuentemente en ciertos códigos civiles latinoamericanos como el colombiano, chileno y ecuatoriano, donde se señala que las obligaciones civiles nacen del delito civil, si el daño ha sido causado con dolo, y del cuasidelito, cuando el daño ha sido causado con culpa. Para calcular el alcance de la responsabilidad se toma en cuenta la magnitud del daño causado, no se toma en consideración la conducta del autor, si actuó con culpa o dolo no es relevante (Posada, 2009).

De lo antes explicado se puede entender que responsabilidad es muy similar a la obligación. La responsabilidad civil es una fuente de obligaciones, la persona responsable tiene a su cargo una obligación. Las obligaciones por su origen se clasifican en contractuales y extracontractuales, por su contenido pueden ser de dar, hacer o no hacer. En la responsabilidad civil pudiendo ser cualquiera de estas, teniendo como su naturaleza la idea de reparar o indemnizar un daño causado (Posada, 2009).

La responsabilidad civil extracontractual conlleva la obligación de reparar un daño causado a otro sin que exista una relación contractual entre el afectado y la persona que cometió el daño. Una persona se encuentra civilmente responsable cuando queda obligado a reparar el daño que ha causado a otra persona. Teniendo un campo de aplicación más amplio que la contractual, pues abarca otras fuentes de obligaciones como los delitos, cuasidelitos y la ley.

En ese sentido, “Mazeaud (s.f) expresa que todo problema de responsabilidad supone un daño cuya víctima pide reparación; a diferencia de la responsabilidad moral, la responsabilidad jurídica no existe sin una acción o una abstención y sin perjuicio” (citado por Posada, 2009, s.p.).

“Tamayo (s.f) señala que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros” (citado por Posada, 2009, s.p.). en ese sentido

estamos en presencia de la responsabilidad cuando el contenido de la obligación implica reparar un daño antijurídico.

Entraremos en contexto definiendo lo que es la responsabilidad, basándonos en lo expresado por H.L.A. Hart (2008) en su obra *Responsability and Retribution*, donde se identifican cuatro acepciones distintas de responsabilidad:

- *Role responsibility*: responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social.
- *Casual-responsability*: responsabilidad como antecedente o causa de hecho. Esta responsabilidad equipara al nexo causal o imputación.
- *Liability-responsability*: responsabilidad como sometimiento. Esta es la responsabilidad usada en responsabilidad civil.
- *Capacity-responsability*: responsabilidad como capacidad. (s.p)

¿Por qué es necesario “reparar” algo que hemos dañado?, la respuesta es muy simple, porque el daño se ha producido por mi culpa. La culpa considerada como un elemento muy importante dentro de la responsabilidad civil ha sido un tema de controversia en el último siglo (Gil Botero, 2006). Desde la corriente clásica se ha desarrollado que la culpa es un factor que constituye la responsabilidad, sin culpa o dolo no existe la obligación de reparar por parte de quien ha causado el daño. En los avances respecto de la conceptualización de la responsabilidad civil, de acuerdo a las necesidades de nuestro tiempo, la culpa ha dejado de tener un papel protagónico que incluso en ciertos casos el causante del daño es obligado a la reparación sin haber tenido culpa (Tamayo, 2007).

A partir de toda esta explicación podemos apreciar el conflicto que se crea para definir la responsabilidad civil, Mazeaud H. y L. y Tunc (1961) han determinado que los autores se separan, por inclinarse más hacia la doctrina tradicional de la culpa o por una teoría más moderna donde el riesgo toma el protagonismo, también llamada responsabilidad objetiva.

Una crítica a esta nueva teoría de la responsabilidad objetiva se sustenta en que es injusta al confundir “la mera imputación material del daño a una persona con su responsabilidad u obligación de repararlo” (Posada, 2009, s.p). Por lo que significaría que para el Derecho es irrelevante actuar con o sin diligencia. Josserand (1982) en su obra “*El abuso de los derechos y otros ensayos*” considera a esta nueva teoría como “una especie de pecado jurídico”, al suponer algo distinto a la premisa de que quien no ha actuado con dolo o culpa no tiene responsabilidad.

Otro gran problema que tiene definir la responsabilidad civil son las acepciones que esta tiene, cada una con un diferente alcance. La expresión responsabilidad civil se refiere

concretamente a la reparación económica de los daños causados, originalmente establecida en los códigos civiles y que luego se ha extendido a distintas materias como laboral, mercantil o administrativo. Donde no se sabe si corresponden a la responsabilidad civil o a una responsabilidad propia de cada disciplina con un régimen legal distinto y especial.

Por otro lado, el término responsabilidad civil extracontractual nació como una forma de diferenciarla de la responsabilidad civil contractual. Al tener elementos comunes ciertos autores y ordenamientos jurídicos han decidido ubicar a estas estas dos responsabilidades bajo un mismo concepto que es la responsabilidad (Mendoza, 2020).

Dentro del derecho argentino y español la expresión utilizada es el derecho de daños, donde sin daños no hay responsabilidad. Para determinar si existió o no responsabilidad lo que primero se analiza es si hubo daño y en segundo lugar si hubo culpa o no (Posada, 2009).

Para un perjuicio sea considerado como relevante por el derecho y poder atribuirle a este la responsabilidad civil extracontractual es necesario que este:

1. Que el daño lesione un interés humano.
2. El hecho dañoso sea imputable a una persona distinta del titular del interés lesionado.
3. El daño sea calificado de antijurídico, por haber recaído sobre un interés que el ordenamiento considere digno de protección o de tutela jurídica.
4. El daño sea cierto, tanto es su existencia como en su cuantía.
5. El daño resulte probado por quien lo alega. (Zarra, 2005, p.15)

Por otro lado, Posada (2009) la denomina como el derecho de la responsabilidad al sustentar “la naturaleza de la obligación de reparar un daño antijurídico imputable”.

1.1.2. Reparación del afectado en accidentes en locales comerciales

Una vez realizado el daño queda que el sujeto responsable cumpla con su obligación de reparar el daño, para lo cual la doctrina ha desarrollado varios principios rectores del resarcimiento de daños y perjuicios, entre los cuales se encuentran.

1. Principio de la reparación integral

Este principio lo que busca es que el afectado quede en una situación lo más parecida a como se encontraba antes de que el daño se haya realizado, es decir una perfecta equivalencia entre el daño sufrido y la reparación obtenida. Para lo cual es necesario que se cumplan ciertas condiciones: que la reparación abarque todo el daño que se causó y que la reparación sea estrictamente del daño, sin excederse evitando un enriquecimiento de la parte perjudicada.

2. Principio de la reparación subjetiva o concreta de la medida de la reparación

Hay dos criterios para establecer la medida de la reparación, el primero es uno objetivo, que busca que la reparación se base en el valor del mercado del bien objeto del daño, y el segundo uno subjetivo, donde la reparación busca cubrir el valor especial que ese bien representaba para el afectado.

Análisis de jurisprudencia española sobre la responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas en establecimientos abiertos al público

En la sentencia del 6 de febrero de 2003 del Tribunal Supremo de España, los hechos que fundamentan la base de la litis son:

Dolores R. B. al utilizar las escaleras de entrada del hotel Iowa, resbala produciéndose determinadas lesiones, que su defensa estima en seis millones setecientos veintidós mil pesetas. La escalera tenía holgada anchura, poca altura en sus peldaños, estando todos ellos dotados de luz señalizadora y de una cantonera antideslizante de goma, además de tener instalada una barandilla-asidero para los usuarios. Según se probó en el juicio la escalera estaba mojada en el momento de la caída por el uso de múltiples personas procedentes del exterior, que sin duda traían las suelas de sus zapatos mojadas, puesto que se trataba de un día de enorme pluviosidad. Con fecha de 18 de julio de 1996, el Juzgado de Primera Instancia número diez de León dicta sentencia desestimando la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de León desestima la demanda, confirmando la sentencia de instancia. Dolores R. B. la recurre en casación por entender vulnerados los artículos 1902 y 1105 del Código Civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso, acordando la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de León. (s.n./03, 2003)

En esta sentencia se expone que el establecimiento no incumplió con las reglas de seguridad, demostrando que ese día la escalera reunía todas las características lógicas para su uso adecuado y que no existía ninguna antijuridicidad para el uso de esta. El accidente fue imprevisible. Lo que se confirma con la decisión del Tribunal Supremo en el recurso de casación.

Otra sentencia que se abordará es la del 31 de marzo de 2003 del Tribunal Supremo de España, los hechos que fundamentan la base de la litis son:

María de los Ángeles G. B. cae en un salón de té, al resbalar sobre el suelo que había sido fregado por los encargados del local, a causa del vertido de un refresco. En el juicio resulta probado que el suelo no fue secado, permaneciendo por tanto húmedo, lo que propició el resbalamiento. No resultó demostrado que el local estuviera provisto de suelo antideslizante, ni que los demandados llevaran a cabo actuación alguna para impedir el acceso a la zona de los clientes en tanto no se presentase suficientemente segura. El 5 de julio de 1996, el Juzgado de Primera Instancia número dos de Cartagena dicta sentencia desestimando la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia. María de los Ángeles G. B. la recurre en casación. El Tribunal Supremo estima el recurso casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia. Para el tribunal, el relato fáctico evidencia que no se

agotaron las medidas de precaución y seguridad exigidas por la circunstancia de haberse producido el vertido de una bebida refrescante en un establecimiento público con asistencia de clientes, a fin de evitar que éstos puedan sufrir alguna agresión a su integridad física. Fregado el suelo y omitido su secado, la caída resultaba del todo posible, sin que pueda hablarse de imprevisión en la causación del accidente, con lo que el nexo causal y reproche culpabilísimo concurren en el supuesto de autos (s.n./03, 2003).

Este caso termina con un resultado diferente al anterior caso, aquí se demuestra una negligencia por parte del local comercial. Se trató de una omisión pura, donde el tribunal llegó a sancionar al dueño del salón de te por omitir las medidas de seguridad exigidas por el caso.

En estos ejemplos se encuentra una distinta resolución por parte de los tribunales, es el primero donde se determinó que el hotel no era responsable, ya que cumplía con todas las medidas de seguridad y además la razón principal del accidente fue un hecho inevitable. Por el contrario, en el segundo ejemplo se demuestra claramente que la caída fue por negligencia del lugar, omisión de un deber que si se lo hubiera hecho no se habría dado la caída.

1.1.3. Legislación comparada

Responsabilidad civil extracontractual en Colombia

En Colombia existe un órgano especializado en responsabilidad civil extracontractual, el Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE) ha enmarcado dentro de un mismo concepto, con diferencias específicas, la responsabilidad del derecho privado y del derecho público. Estableciendo una gran diferencia con nuestro país donde no existe un instituto especializado como este.

La Corte Constitucional Colombina la define de la misma forma que el instituto, la responsabilidad civil comprende a la contractual y la extracontractual. Bajo esta concepción es lo mismo si se genera un perjuicio de un contrato de naturaleza civil o comercial.

La Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-1008/10, dentro de la demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil, limitación al derecho de indemnización cuando el deudor actúa con dolo. Aclara que la responsabilidad civil extracontractual:

(...) para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como “culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este”. Condiciones estas que además de considerar el cuadro axiológico de la pretensión en comentario, definen el esquema de la carga probatoria del demandante, pues es a este a quien le corresponde demostrar el menoscabo patrimonial o moral (daño) y que este se originó en la conducta culpable de quien demanda, porque al fin y al cabo la responsabilidad se engasta en

una relación jurídica entre dos sujetos: el autor del daño y quien lo padeció (Corte Suprema de Justicia exp. 5012, 1999)

Esta responsabilidad se encuentra regulada por el Código Civil Colombiano, desde el artículo 2341 hasta el 2360. Dentro de estos artículos se encuentran presentes los principios de la responsabilidad civil extracontractual dentro del derecho colombiano, que son:

1. Existencia de un principio general de responsabilidad con culpa

El artículo 2341 establece: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (Código Civil Colombiano, 1873). El artículo antes mencionado actúa como principio general en el derecho colombiano, según el cual cualquier hipótesis de cierto tipo de conducta que cause un daño a terceros, ya sea por culpa o dolo, surge inmediatamente la obligación de reparar. Por lo cual es correcto asegurar que en Colombia existe el modelo donde la culpa es el principio general de responsabilidad, donde todo daño causado ya sea por culpa o dolo debe ser indemnizado y excepcionalmente se acepta la responsabilidad objetiva, no se toma importancia a la culpa o el dolo sino al daño en sí mismo (Posada, 2009).

Dentro de estas excepciones se encuentra la responsabilidad objetiva por el ejercicio de actividades peligrosas, desarrollada en la interpretación que realiza Corte Suprema de Justicia del artículo 2356 del Código Civil (Código Civil Colombiano, 1873).

2. Principio general de responsabilidad por el hecho ajeno

Este principio aclara que no sólo somos responsables por nuestras conductas que causen daños, sino también por el daño que se cause por personas que se encuentren bajo nuestro cuidado como lo son los hijos o dependientes (Código Civil Colombiano, 1873, art. 2347). Posada (2009) aclara que “a esta forma de responsabilidad en ocasiones se le denomina indirecta y comúnmente por el hecho ajeno y consiste en una presunción de culpa en contra de quien tiene a su cargo la persona subordinada bajo su autoridad” (p. 121)

3. Existencia de una capacidad propia para la responsabilidad extracontractual

El Código Civil Colombiano establece que, a partir de la edad de diez años, sea hombre o mujer, son capaces de realizar daños con dolo y culpa, por lo cual se les asignará responsabilidad; si se produce el daño siendo menor de diez años o demente los responsables

directos de la reparación son las personas que están a su cargo, imputándoles negligencia (Código Civil Colombiano, 1873, art. 2346).

El establecer una edad mínima y la demencia como requisitos para no ser capaces responde al principio de que la responsabilidad es subjetiva.

4. La responsabilidad civil es preponderantemente jurisprudencial

Dentro del derecho colombiano la responsabilidad civil ha sido desarrollada en su mayoría por la jurisprudencia, teniendo como evidencia los diecinueve artículos del Código Civil Colombiano que abordan este tema. Apareciendo nuevas figuras jurídicas como el daño moral, daño fisiológico, responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, una nueva distinción entre personas naturales o jurídicas para la asignación de responsabilidad de las personas que se encuentren bajo su cuidado, entre muchas más (Posada, 2009).

Esta característica en concreto de la responsabilidad civil en Colombia nos hace darnos cuenta del largo camino que nos queda por recorrer en esta materia. Resulta inverosímil creer que toda la teoría de responsabilidad civil haya sido desarrollada mediante jurisprudencia y no por el legislativo, en nuestro país existe una gran falta de aplicación de esta figura. Por lo cual muchos ciudadanos deciden tomar caminos diferentes mucho más efectivos para obtener una reparación o indemnización.

1.2. Derechos del consumidor

1.2.1. Desarrollo de los derechos del consumidor en el Ecuador

Guido Molina (2008) en su tesis de maestría en derecho del mercado nos explica que:

Los Derechos del Consumidor no solo nace por la necesidad de proteger al consumidor, sino de proteger el mercado de bienes y servicios. En otras palabras, nace para sostener a la economía de mercado, como régimen económico de producción. La razón es que una fragmentación importante de las relaciones consumidor-proveedor, pondría en serio peligro al mercado y, consecuentemente, a la economía de mercado como un sistema económico de producción, aún más, si consideramos que en la categoría de consumidor estamos inmersos todos. (p. 13)

El 12 septiembre de 1990 se promulga la Ley de Defensa al Consumidor, que buscaba reparar ciertos errores e incorporar el desarrollo de los Derechos de los Consumidores a un nivel internacional, ya que Ecuador había suscrito algunos acuerdos internacionales sobre este tema. Pero estos arreglos no sirvieron de mucho porque la Ley seguía siendo inoperante e inaplicable para una efectiva protección de los consumidores. Mucho antes de que la

Constitución se manifestara sobre este tema en específico ya existía una ley de alguna forma regulaba este sector. Además, podíamos encontrar otras leyes que regulaban sectores específicos que también abarcan normas de protección al consumidor, un gran ejemplo de esto es la Ley de Régimen del Sector Eléctrico y la Ley Orgánica de Salud. Estos cuerpos legales son distintos porque “el consumidor no es una categoría aparte ni estas normas se diferencian claramente como eminente protección, sino que más bien, el bien jurídico tutelado está mezclado y confuso con el que persigue proteger la ley en sí.” (Molina, 2008, p.12).

Además de la mencionada ley también existían otras formas de protección a los consumidores como algunas teorías y garantías tradicionales presentes en el derecho tradicional. Mencionaremos al saneamiento por vicios ocultos, que se encuentra establecido en el Código Civil, lo que demuestra que no existía una completa desprotección.

La Constitución de 1998 es la finalmente da el paso para formalmente para tener un sistema que se encargue de tutelar a los consumidores, ya que incorpora los llamados derechos fundamentales de tercera generación, que buscan defender en este caso a los consumidores y otros grupos de atención prioritaria. En esta Constitución se estableció un Estado Social de Derecho y nuevo sistema de economía social de mercado. El Estado se obligó a vigilar el cumplimiento de los Derechos de los Consumidores, conjuntamente con la adopción por parte de Ecuador de principios internacionales de defensa de estos derechos. Finalmente, los Derechos de los Consumidores recibieron el tratamiento que merecían (Molina, 2008, p.12).

En su Capítulo V, Sección III se menciona los mecanismos que permiten la protección de los Derechos de los Consumidores. Así, prevé el contenido de una ley que establezca el control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños, mala calidad de bienes y servicios, interrupción de los servicios públicos y las sanciones por la violación a estos derechos. Es interesante apreciar que la Constitución también protege a las personas como consumidores o usuarios de los servicios públicos, estableciendo incluso que el Estado y las entidades autónomas sean responsables en caso de que los Derechos de los Consumidores sean desconocidos. Esta norma hace diferencia con otras legislaciones que restringen el concepto a usuarios de servicios públicos y no incluyen al estado como proveedor de servicios públicos. (Molina, 2008, p. 20)

El artículo 244 numeral 8 de la pasada Constitución establece: “(...) al Estado le corresponderá proteger los derechos de los consumidores, sancionar la información fraudulenta, la publicidad engañosa, la adulteración de los productos, la alteración de pesos y medidas, y el incumplimiento de las normas de calidad” (CRE, 1998). Una obligación del Estado dentro de una economía social de mercado, que permite que la autoridad jurisdiccional o administrativa sea eficiente en su trabajo.

Nuestro país tiene un marco constitucional adecuado para una buena defensa de estos derechos, pero ciertos factores influyen en su aplicación eficaz como:

- Falta de especialización de los jueces.
- No existe un procedimiento eficaz para la reparación inmediata de los Derechos del Consumidor dentro de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Molina, 2008, pag. 17).

Posteriormente en el año 2000 se expide la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, manteniendo su vigencia hasta la actualidad con ciertas reformas, que busca establecer mecanismos de protección adecuados al consumidor conjuntamente con la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, es decir busca cumplir las obligaciones establecidas en la Constitución de 1998 para este grupo de atención prioritaria. La ley consagra los siguientes atributos, similares a los recogidos en principios internacionales propios del Derecho del Consumidor, lo que nos da a entender que se trata de una ley moderna:

- a) De orden público:** Las disposiciones consagradas en la ley son de orden público; y, de acuerdo con el Diccionario Jurídico de Cabanellas (1998), es una ley rigurosa, que impone una obligación ineludible y es de imperioso cumplimiento;
- b) De interés social:** Se dice que es de interés social porque trata de proteger los derechos de la colectividad afectada, por sobre los derechos de los particulares.
- c) Ley pro consumidor:** Siendo una Ley que intenta proteger al Consumidor necesariamente tiene que obligar al juez, en caso de duda, a inclinarse por lo que más favorezca al consumidor. (Ley 2000-21, 2000, art.1)

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor nace de la necesidad de hacer uso de los derechos y principios establecidos en la Constitución con el claro objetivo de lograr un equilibrio entre los proveedores de servicios y los consumidores. Los legisladores han tratado de incluir en la ley los principios constitucionales de la mejor calidad, la libre elección y la información adecuada y veraz sobre los bienes y servicios y los

mecanismos procesales para la protección de los derechos del consumidor, la reparación y compensación de los bienes y servicios defectuosos, dañados mala calidad, interrupción de los servicios públicos y sanciones por violaciones a los derechos del consumidor o infracciones (Molina, 2008, pag. 19).

La Ley de Defensa del Consumidor también contiene disposiciones que hacen a la Defensoría del Pueblo una institución competente e informada para atender los reclamos y quejas de cualquier consumidor, en referencia al artículo 81 de la Ley mencionada. Donde se limita a conocer y realizar una investigación sobre lo que afectó directa e indirectamente a los Derechos del Consumidor (Ley 107, 1990).

Guido Molina (2008) en su tesis de maestría en derecho del mercado nos explica que la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor se encarga de la protección exclusiva a los consumidores por lo que:

El criterio de protección al consumidor excluye a la prestación gratuita, pues el elemento de la onerosidad es fundamental para calificar a una persona como consumidor; en el mismo ámbito, podemos mencionar que nuestra ley excluye a los intermediarios como consumidores, es decir, a las personas que compran productos para manufacturar otros partiendo de aquéllas, lo cual sí es reconocido en otras legislaciones, como la mexicana. Por estas consideraciones, nuestra Ley, con algunos ajustes necesarios, sería adecuada en la parte sustantiva, sin embargo, en la parte adjetiva y la que tiene que ver con la aplicación o ejecución de las normas tendientes a lograr una efectiva protección del bien jurídico tutelado, tiene serias falencias y necesita cambios, para asegurar a los consumidores un procedimiento ágil, eficaz y oportuno que permita una efectiva restauración del derecho violado. (p. 24)

Posteriormente en la nueva Constitución del 2008, en su artículo 66 numeral 25: “El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características” (CRE, 2008). Se vuelve a tomar en cuenta los Derechos de los Consumidores, específicamente en el capítulo III, derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, sección IX que trata sobre personas usuarias y consumidoras desde el artículo 52 hasta el artículo 55.

1.2.2. La reparación del consumidor en la legislación ecuatoriana

Sabemos que los accidentes y daños al consumidor son inevitables, aunque se aplique eficientemente las leyes que los amparan (Arbaiza, 1997). Por tal motivo resulta necesario establecer mecanismos de protección en distintas leyes y códigos, para que en el caso de

afectaciones a individuos o comunidades se dispongan soluciones adecuadas, reparando el derecho violado (Gherssi, 1997).

En la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor a partir de su art. 81 se trata sobre la competencia y el procedimiento. En tal artículo se determina que la Defensoría del Pueblo es quien debe:

Conocer y pronunciarse motivadamente sobre los reclamos y las quejas, que presente cualquier consumidor, nacional o extranjero, que resida o esté de paso en el país y que considere que ha sido directa o indirectamente afectado por la violación o inobservancia de los derechos fundamentales del consumidor. (Ley 2000-21, 2000, art. 81)

Pero es necesario tener en cuenta que la Defensoría del Pueblo dentro de su competencia para conocer reclamos y quejas sobre cualquier falta a los Derechos del Consumidor no puede imponer ninguna sanción en el caso de infracciones. Lo cual influye directamente en los consumidores al generar una desconfianza en el sistema de justicia ecuatoriano, donde la consecuencia consiste en desistir el trámite de la queja o iniciar un procedimiento judicial.

En el ámbito de reparación al consumidor la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor en su artículo 70 establece disposiciones sobre infracciones y sanciones. Se aclara que hay una sanción general, que es una multa de cien mil dólares de los Estados Unidos de América, y si es del caso el decomiso de los bienes o la suspensión del derecho de ejercer actividades en el campo de la prestación de servicios o publicidad (Ley 2000-21, 2000).

Específicamente en el artículo 71 se trata sobre la indemnización, reposición y devolución, donde al consumidor que se le haya causado un perjuicio tiene derecho a la indemnización por daños y perjuicios y a la reparación gratuita del bien. Si no es posible esto, tiene derecho a la reposición o a la devolución de la cantidad pagada en el plazo máximo de treinta días en los casos determinados en este mismo artículo.

Este artículo demuestra que existen herramientas adecuadas para que el consumidor sea compensado, pero no son aplicadas correctamente. Muchos de estos perjuicios quedan en la impunidad, esto se debe al valor reducido del producto adquirido, ya que resulta muy costoso la contratación de una defensa legal y también se debe a la presencia de otros obstáculos para el libre acceso a la justicia. Debido a estas razones los consumidores no presentan ningún reclamo y si lo hacen es porque están en disputa productos con un alto valor en el mercado. De acuerdo a la sanción establecida el proveedor evita reponer, reparar o devolver el

producto al consumidor ya que le resulta mucho más favorable para su economía pagar la multa (Molina, 2008).

1.2.3. Mecanismos de protección al consumidor ante accidentes suscitados en instalaciones comerciales en la legislación ecuatoriana

Lo más próximo a una protección al consumidor en locales comerciales por parte de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor es lo establecido en ciertos artículos, pero no menciona algo específico sobre los mecanismos de protección al consumidor ante accidentes suscitados en instalaciones comerciales. Dentro del artículo 4, que menciona los derechos del consumidor, el numeral 8 hace mención a la reparación e indemnización por daños y perjuicios, por deficiencias y mala calidad de bienes y servicios (Ley 2000-21, 2000). Dentro de un buen servicio se debe tomar en cuenta la calidad de las instalaciones del local comercial, donde debe prevalecer la seguridad e integridad del consumidor mientras este su encuentre dentro del lugar.

El artículo 36 de la ley se refiere expresamente a la seguridad de las instalaciones, pero de servicios públicos y dispone: “los consumidores deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos” (Ley 2000-21, 2000).

En el Capítulo X, protección a la salud y seguridad, respecto a instalaciones el artículo 57 en su último inciso se refiere a la prestación de servicios peligrosos donde: “deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resultaren necesarias para que aquella se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos, de las medidas preventivas que deban usarse” (Ley 2000-21, 2000).

En nuestro país no existen muchas leyes sobre que medidas podemos utilizar cuando se dan accidentes en locales comerciales, tampoco se ha desarrollado ampliamente en jurisprudencia. En este ámbito nos hace falta adquirir o mejorar la aplicación de leyes existentes que eviten dejar en indefensión al consumidor.

Sección II: Contrato de franquicia y cláusulas de protección al franquiciante

2.1. El contrato de franquicia

2.1.1. Conceptos y evolución histórica en el Ecuador

El contrato de franquicia se crea bajo lo que se conoce como una licencia comercial, que constituye una concesión de licencia de patente para la comercialización de un producto o servicio. Este tipo de contrato ha ido evolucionando y completándose hasta convertirse en lo que es hoy. (Carrasco, 2005, p.8)

Kleidermacher (1995) en su obra “Aspectos Económicos y Jurídicos” menciona que, a partir de la posibilidad de la obtención de un beneficio por la explotación de la marca registrada reconocida, los propietarios de esta permiten a terceros la producción de la mercadería, a riesgo propio, con tal identificación prestigiosa. Así, el uso de la marca registrada es autorizado en forma temporal a cambio del pago de una contraprestación acordada. A medida que las sociedades van evolucionando el derecho también lo hace y por tanto este tipo de contratos, ocasionando que el licenciante deba prever cada vez mayores eventualidades susceptibles de aparecer en esta relación contractual. Un gran problema que surgió de esto es que las características y calidad de los productos y servicios fabricados y distribuidos por el licenciatario al amparo de la marca no cumplían con los estándares que esta si cumplía. Debido a esto se fueron incluyendo nuevas cláusulas dentro del contrato como prohibir al licenciatario producir cierto tipo de mercadería, brindar determinado servicio, forzándolo a cumplir con rígidos estándares de calidad, incluyendo penalizaciones económicas y terminaciones de los acuerdos firmados.

Se fue desarrollando continuamente más control sobre el licenciatario, y algunas de las medidas tomadas fueron las inspecciones periódicas que buscaban evitar y prevenir consecuencias dañosas en el uso de la marca. Por otro lado, también se generaron más garantías para el licenciatario, como que el licenciante realizara una inversión publicitaria anual de un mínimos nivel, ya que sin esta ayuda la marca no tendría un gran alcance comercial (Kleidermacher, 1995).

Al irse agregando progresivamente nuevos elementos, condicionamientos y cláusulas más elaboradas a estos llamados contratos de licencia de marca, que mencionábamos anteriormente, se llegó a un resultado que Kleidermacher (1995) lo denomina como Franchising “negocio totalizador a partir del cual una persona desarrolla un sistema completo de creación y conducción de un negocio o una empresa” (s.p.).

Estados Unidos, uno de los países precursores del contrato de franquicia, en los años 50 y 60 se comercializaban todo tipo de franquicias, pero sobre todo de comida rápida,

supermercados, complejos hoteleros, etc. Con este desarrollo se crean nuevos tipos de franquicias donde no era suficiente conceder solamente el derecho al uso de la marca o nombre comercial, sino que dentro del contrato el franquiciado también adquiere el derecho al Know How, acceso al conocimiento, experiencia en las diferentes operaciones del negocio y principalmente como debe administrarse la franquicia. (Carrasco, 2005, p.11)

Un gran ejemplo de esto es Mc Donald's, donde el franquiciante, en este caso Mc Donald's enseña todo sobre el negocio, como se prepara la comida, cuales, y que tipos de ingredientes se deben usar, sus cantidades, y además demuestra la manera adecuada como administrar el local. No sólo se exigen el mismo nivel de calidad en sus productos, sino también en la higiene del establecimiento. Esta idea tuvo un gran alcance que Mc Donald's en 1961 abrió su primera Universidad de la Hamburguesa, con el fin de enseñar desde lo más básico, como preparar una hamburguesa, hasta lo más complejo, la administración del local franquiciado. (Carrasco, 2005, p.11)

A continuación, revisaremos varios conceptos que sean atribuido al contrato de franquicia por distintos doctrinarios y tratadistas.

Como primer tratadista tenemos al argentino Marzorati (2003) y nos dice que “El franchising es un contrato atípico que tiene sus propias características, resultándole aplicables las normas del Código Civil (Argentina). Por ello podemos concluir que se trata de un convenio conmutativo, no formal, bilateral, oneroso, y de ejecución continuada” (p.431).

Por otra parte, la tratadista mexicana, Alejandra Torres de la Rosa (2006), define al contrato de franquicia como:

Contrato mercantil, principal definitivo, bilateral, oneroso, atípico, nominativo, intuitu personae consensual y de tracto sucesivo, en virtud del cual una parte llamada franquiciante se obliga a otorgar el uso de una o más marcas nombres, y/o avisos comerciales y derechos de autor, así como a transmitir tecnología, conocimientos técnicos, su experiencia, y know how, y prestar asistencia técnica, organizativa, gerencial, y administrativa a otra parte llamada franquiciario, quien a su vez se obliga a pagar a la primera una contraprestación compuesta por una cuota inicial, así como por pagos periódicos o regalías y a comercializar, producir y distribuir bienes, o a prestar servicios en un territorio establecido y por un tiempo determinado, de acuerdo con la instrucciones y bajo el control de esta. (p.36)

En la conceptualización del contrato de franquicia dada por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, que intenta ejemplificar los distintos casos en que puede darse una franquicia y no un concepto abstracto, “Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures”. Se indican varios derechos,

obligaciones y características tanto el franquiciante como del franquiciado dentro de su relación contractual, que son:

Franquiciante

- El franquiciante ejercerá o tendrá la autoridad para ejercer un grado significativo de control sobre el método operativo del franquiciado, incluyendo, pero no limitándose a la organización del negocio, actividades promocionales, decisiones gerenciales, plan de comercialización, cuestiones comerciales.
- El franquiciante ofrece significativa asistencia al franquiciado en los últimos métodos operativos del franquiciante, incluyendo, pero no limitándose a la organización del negocio, actividades promocionales, decisiones gerenciales, plan de comercialización, cuestiones comerciales, teniendo en cuenta, sin embargo, que, en ausencia de asistencia en otras áreas, la sola asistencia en las actividades promocionales no constituirá significativa asistencia.
- El franquiciante asegura al franquiciado la provisión para la venta de tales bienes, servicios o productos, y lugares o sitios para la instalación de la maquinaria necesaria, displays colgantes, o cualquier otro exhibidor de venta usado por el franquiciado en la oferta venta, o distribución de dichas mercaderías, productos o servicios.

Franquiciado

- El franquiciado ofrece, vende, o distribuye mercaderías, productos o servicios que son identificados por una marca comercial, de servicios, un nombre comercial, una publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designa a otra persona (franquiciante).
- Estos productos o servicios que ofrece el franquiciado son directa o indirectamente compelidos a responder por los estándares de calidad exigidos por el franquiciante, donde el franquiciante opera bajo un nombre, usando la marca comercial de servicios un nombre comercial, una publicidad o cualquier otro símbolo comercial que designe al franquiciante.
- El franquiciado está obligado como condición para obtener o comenzar la operación de franquicia a realizar un pago, un compromiso de pago, al franquiciante o a una persona involucrada con el franquiciante. (Kleidermacher, 1995, p. 99)

A partir de lo mencionado anteriormente, Pablo Carrasco (2005), en su tesis para obtención del doctorado en derecho llega a una definición bastante completa de lo que es el contrato de franquicia:

La franquicia es un contrato mercantil en el cual una parte llamada franquiciante cede el uso de su marca(s), nombre(s) comercial(es), know how, conocimiento, experiencia tecnología, y asistencia técnica a otra parte llamada franquiciado para su uso exclusivo en una zona geográfica y delimitada (ya sea país, ciudad, región, etc.) a cambio de una contraprestación que se debe establecer en el mismo contrato. Esta forma contractual tiene la salvedad que el franquiciante tiene el derecho de imponer todo lo concerniente a la forma de administración del negocio, así como exigir el nivel de calidad del producto o servicio que realizará el franquiciado. (p. 61)

Características del contrato de franquicia

1. Consensual. -

“Para su perfeccionamiento se necesita el acuerdo de voluntades. Pero por los costos involucrados en el negocio, las partes deciden hacerlo solemne” (Corredor, 2015, p. 294).

2. Contrato mercantil. -

Para que un contrato tenga un carácter mercantil existen 2 teorías según la doctrina jurisprudencial:

- Teoría subjetiva: “la naturaleza mercantil de un contrato proviene de los actos y operaciones que realizan los comerciantes” (Carrasco, 2005, p. 26).
- Teoría objetiva: “el carácter mercantil de un acto o de un contrato se deriva de su debido señalamiento en la ley vigente, sin importar la calidad de los sujetos que realicen estos actos o contratos” (Carrasco, 2005, p. 26).

Con el contrato de franquicia las partes buscan un beneficio económico, un ánimo de lucro, y este precisamente es el que constituye la diferencia entre contratos mercantiles y civiles. (Carrasco, 2005, p. 27)

3. Bilateral. –

El contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente (CC, 2005, art. 1455). “El franquiciante cede el uso de su marca, nombre, signo distintivo, o cede información acerca de las técnicas de realización o comercialización de productos o servicios, con asistencia regular por el tiempo que permanezca vigente el contrato. El franquiciado por su parte se obliga seguir las directrices del franquiciante y a remunerar al mismo por el uso de la marca, etc.” (Carrasco, 2005, p. 27 y 28).

4. Oneroso. –

El contrato es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro (CC, 2005, art. 1456).

En el contrato de franquicia las partes involucradas buscan un beneficio económico y lucrar con las prestaciones mutuamente adeudadas (Carrasco, 2005, p.28).

5. Conmutativo. –

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio (CC, 2005, art. 1456).

6. Principal

El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención (CC, 2005, art. 1457).

7. Atípico

Los contratos atípicos son aquellos que a pesar de que no se encuentran regulados por la ley, la costumbre mercantil y la necesidad de diversos requerimientos los ha ido estructurando de conformidad con la necesidad de las partes contratantes. Los intereses comerciales y contractuales de las partes van creando nuevas formas de contratación mercantil, las que no se encuentran reguladas en forma específica dentro del ordenamiento jurídico nacional. (Carrasco, 2005, p. 29).

8. Tracto sucesivo

Hace referencia a que las prestaciones establecidas dentro del contrato a cargo de las partes son de carácter continuo, las obligaciones que nacen de este son de índole periódica mientras el contrato se encuentre vigente (Carrasco, 2005, p. 30).

9. De cooperación. –

Las prestaciones existentes dentro del contrato son recíprocas entre las partes, donde no se persiguen intereses excluyentes, sino que la satisfacción de cada parte va conjugada con el de la otra en objetivos entrelazados (Carrasco, 2005, p. 30).

Pablo Carrasco (2005), en su tesis para obtención del doctorado en derecho determina que la cooperación dentro del contrato de franquicia actúa de la siguiente forma:

El franquiciante y el franquiciado constituyen empresas autónomas, cada una contratará por sí misma, pero subsistirá un interés común, que es conseguir el éxito en la distribución del producto o el servicio objeto de la franquicia. En efecto a la empresa franquiciante le interesa lucrar con el desarrollo de sus sistemas de franquicias. A la franquiciada le interesa montar un negocio de acuerdo a un plan negocial probado que le garantice de alguna manera una rentabilidad razonable y la seguridad de su inversión. Para que ambas cumplan sus objetivos necesitan un punto de unión., en este punto de unión tienen que cooperar, allí sus objetivos se funden, se unen y nace la cooperación. (p.30)

Evolución histórica del contrato de franquicia en el Ecuador

En el Capítulo VI de la Constitución del Ecuador se habla sobre los derechos de libertad, en su artículo 66 se reconoce y garantizará a las personas ciertos derechos, y en este caso en específico nos referiremos al numeral 16: “el derecho a la libertad de contratación” (CRE, 2008). En concordancia a este artículo la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia menciona:

La libertad de contratación permite que un contrato se perfeccione por el solo consentimiento, excepto cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, sin las cuales no surte ningún efecto civil; o cuando se perfecciona con la entrega de la cosa. (...) Por otro lado debe tomarse en cuenta que las solemnidades solo son exigibles cuando la ley lo determina de manera expresa, sin perjuicio de que las partes voluntariamente puedan someterse a la práctica de alguna solemnidad. (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, primera sala, Resolución No. 40-2004, 2004, s.f.)

Es decir que, aunque no se encuentre regulado el contrato de franquicia en nuestro país las partes gozan de libertad para contratar, pero siempre dentro del marco legal. Este contrato se perfeccionará por el mero consentimiento, y en algunos casos si la ley lo determina de manera expresa se cumplirán ciertas solemnidades.

En 1960 se promulgó el primer Código de Comercio adecuado para su época, pero obsoleto para la actualidad. Dentro de este código no se llegó a regular el contrato de franquicia. Supletoriamente se usaban las disposiciones establecidas en el Código Civil respecto a los contratos. Y no es hasta 2019, con la expedición del nuevo Código de Comercio, que el contrato de franquicia deja de ser considerado como atípico, no existía una legislación determinada que lo regulara. Pero es necesario decir que tampoco lo abarca por completo, lo que puede resultar beneficioso ya que no existen muchas restricciones al momento de desarrollar la franquicia e incrementa la inversión extranjera.

El franchising o contrato sobre franquicias se encuentra regulado en el Código de Comercio ecuatoriano en el capítulo III desde al artículo 558 al 576, donde se abarca su concepto, tipos de franquicia, solemnidades que debe cumplir, que tipo de cláusulas lo conforman, los derechos y obligaciones del tanto del franquiciante como del franquiciado, etc. (CCo, 2019). Además, establece que lo que no se encuentra previsto en este capítulo, y teniendo en cuenta la naturaleza del contrato que aquí se regula, se aplicarán las disposiciones del contrato de distribución. (CCo, 2019, art. 576)

También es importante resaltar y tomar en cuenta la definición que nos da el Código de Comercio ecuatoriano en su artículo 558:

La franquicia es un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada el franquiciante u otorgante, en calidad de titular de un negocio, nombre comercial, marca u otra forma de identificar empresas, bienes o servicios, o de un bien o servicio, otorga a otra, llamada franquiciado o tomador, la posibilidad de explotar comercialmente, sus derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales, entre otros derechos, así como las actividades que se desarrollan con tal nombre, marca u otra identificación o bienes o servicios, dentro de los términos que se especifiquen en el contrato, a cambio de una retribución económica. (CCo, 2019, art. 558)

2.1.2. Sistema de reparación dentro del contrato de franquicia en la legislación ecuatoriana

Dentro del Código de Comercio se establecen varios mecanismos de reparación dentro el mercado de franquicia. En el artículo 571, obligaciones del franquiciado, en el literal d se obliga al franquiciado a: “Acondicionar y mantener el local o establecimiento de acuerdo a las normas, imagen de marca y decoración que establezca el franquiciante” (CCo, 2019, art. 571). Este literal hace referencia a que el establecimiento debe cumplir ciertas medidas determinadas por el franquiciante, algunas de estas medidas buscan precautelar la seguridad de los consumidores con el fin de evitar accidentes dentro del local comercial y prevenirse de acciones judiciales por responsabilidad civil extracontractual. Podemos apreciar algunos casos que han sucedido y como han actuado los tribunales en el primer capítulo de esta investigación.

Otro literal de este artículo que se debe tomar en cuenta es el h, donde el franquiciado tiene la obligación de: “Indemnizar al franquiciante por los perjuicios derivados del incorrecto uso de la franquicia” (CCo, 2019, art. 571). Tomado como ejemplo las medidas de seguridad que deben instaurarse en el establecimiento, si el franquiciado no las acata y se producen accidentes este se verá en la obligación de indemnizar al franquiciante por un incorrecto uso de la franquicia. En concordancia con este artículo, dentro de los derechos del franquiciante se encuentra: “A ser indemnizado por los daños y perjuicios y afectación que pueda recibir su nombre comercial o signo distintivo, derechos de propiedad intelectual u otros, como consecuencia del incorrecto uso de la franquicia” ((CCo, 2019, art. 560). El saber que, si un establecimiento de tal marca no cumple con las medidas de seguridad e implica un riesgo en la salud de cualquier persona acudir a este, significa que la franquicia está siendo afectada principalmente en su nombre comercial, se está ganando una mala fama y no por algo que haya hecho directamente el franquiciante. Por lo que es necesario que el franquiciado se haga responsable por no haber cumplido con lo predispuesto por el franquiciante.

2.2. Responsabilidad del franquiciante

2.2.1. La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros

Dentro de la responsabilidad extracontractual es posible que se presente una relación entre el franquiciante y terceros consumidores, que podría ser por reclamación de

indemnización de perjuicios causados, ya que entre los dos no existía una relación o vínculo contractual (Corredor, 2015).

Es importante analizar la responsabilidad por hecho ajeno, ante lo cual Orrego (2014) nos dice:

Por regla general, tal como lo establece el artículo 2316, se responde por hechos propios, no por hechos ajenos. Excepcionalmente, sin embargo, se debe responder por los hechos ajenos, cuando una persona debe responder por el “hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado” (artículo 2320, inciso 1º). El fundamento de esta disposición descansa en el deber de vigilancia que se tiene respecto de determinadas personas. La persona que tiene otra a su cuidado, sujeta a su control o dirección, debe vigilarla para impedirle que cause daños. Y si el daño en definitiva se causa, quiere decir que no empleó la debida vigilancia. Por eso, señala la doctrina que no estamos estrictamente ante un caso de responsabilidad por hecho ajeno, sino por un hecho propio, a saber, la falta de cuidado o vigilancia. (p. 15)

En el contrato de franquicia la responsabilidad por el hecho ajeno es importante, donde el franquiciado, quien es el que comete el daño y causa el perjuicio a un tercero cliente o beneficiario de la cadena de franquicia, convierte al franquiciante en responsable por sus hechos o actuaciones. (Corredor, 2015, p. 301)

Reafirmando lo anterior Rojas Quiñones (2010) menciona que:

(...) la cooperación característica de la franquicia se hace posible sobre la base de una relación de subordinación (y no de igualdad, como a veces se menciona) inducida por el propio sistema del franchising para garantizar que el franquiciado, bajo la orientación y control del franquiciante, pueda llevar a cabo una adecuada gestión del negocio.

Como puede notarse, en este punto discrepo claramente de aquellos que afirman que la franquicia debe establecerse sobre una base de igualdad contractual entre los sujetos, en la medida en que esa igualdad se desvirtúa en el mismo momento en que se faculta al franquiciante para controlar y supervisar la tarea del franquiciado, siendo dicha facultad una prerrogativa necesaria para el adecuado funcionamiento del sistema de colaboración de la franquicia (ya que de no existir, permitiría total discrecionalidad al franquiciado en la gestión de la franquicia, quebrantando la operatividad del negocio del franquiciante e irrogándole perjuicios a este último). (s.p)

Por otro lado, respecto a las responsabilidades que se adquieren por las partes frente a los terceros en el contrato de franquicia, Salvador (1998) nos dice:

Responsabilidad del franquiciado: Las reclamaciones de los adquirentes finales de los productos vendidos o los prestados en el establecimiento comercial deben ser soportados y atendidos por el franquiciado. El franquiciado responderá por los daños o problemas causados por la mala calidad, por los vicios o defectos de fabricación de los productos, por la mala atención y demás problemas de carácter administrativo que puedan presentarse en cualquier negocio.

Responsabilidad del franquiciante: En la actualidad, el consumidor también tiene concedida la facultad de acudir directamente al fabricante para que atienda los posibles defectos de fabricación de un producto. Sin embargo, el consumidor, lo que tiende a hacer es demandar al franquiciado, teniendo después este último la posibilidad de obtener el reembolso del pago por parte del franquiciador. (s.p.)

La normativa colombiana que regula la protección de los consumidores, plantea la posibilidad de dirigir directamente sus pretensiones contra en franquiciador. La responsabilidad del franquiciador radica en el control y vigilancia sobre la actividad del franquiciado que el primero realiza aparentemente de acuerdo con los términos del contrato. Por tanto, se determina que la aplicación de la responsabilidad por el hecho ajeno entre las partes contractuales de la franquicia es una regla general en este tipo de contratos. Las obligaciones adoptadas implican una relación de subordinación del franquiciado hacia el franquiciante, una obligación de vigilancia y control. (Corredor, 2015).

Cuando llegue el momento de establecer la responsabilidad el franquiciante es necesario realizar una verificación y asegurarse de que las partes dentro del contrato no hubiesen pactado cláusulas de renuncia de responsabilidad del franquiciante, las cuales exoneran de toda forma de responsabilidad por el hecho ajeno. Esto lo ha desarrollado Unidroit (2005):

La renuncia de responsabilidad será a menudo en la forma de un reconocimiento por el sub-franquiciador de que el éxito del negocio depende de sus propios esfuerzos y que incluso si el franquiciador y su equipo han proporcionado consejo y ayuda, manuales de operaciones y cursos de formación, el franquiciador, sus directivos y empleados no serán responsables de ninguna pérdida o daño sufridos por el sub-franquiciador. A veces esta renuncia de responsabilidad se extenderá incluso a pérdida o daño sufridos como resultado del sistema o del consejo y ayuda dados. La excepción podría ser si la pérdida o el daño fue directamente causado por el incumplimiento del franquiciador de una disposición expresa del contrato, o por fraude por parte del franquiciador, pero incluso entonces podría haber una limitación en la cantidad de compensación que el contrato admite. (s.p.)

En distintas legislaciones existen cláusulas donde el carácter autónomo e independiente no permite que el franquiciante sea responsable de los actos del franquiciado. Porque solamente está otorgando el uso de una marca, licencias de know how y demás. (Corredor, 2015).

Conclusiones

- La responsabilidad civil es una fuente de obligaciones, la persona responsable tiene a su cargo una obligación. Que conlleva reparar un daño causado a otro sin que exista una relación contractual entre el afectado y la persona que cometió el daño.
- Dentro del derecho colombiano la responsabilidad civil ha sido desarrollada en su mayoría por la jurisprudencia y no por el legislativo, muy distinto a nuestro país donde existe una gran falta de aplicación de esta figura. Por lo cual muchos ciudadanos deciden tomar caminos diferentes mucho más efectivos para obtener una reparación o indemnización.
- La Defensoría del Pueblo dentro de su competencia para conocer reclamos y quejas sobre cualquier falta a los Derechos del Consumidor no puede imponer ninguna sanción en el caso de infracciones. Lo cual influye directamente en los consumidores al generar una desconfianza en el sistema de justicia ecuatoriano, donde la consecuencia consiste en desistir el trámite de la queja o iniciar un procedimiento judicial.
- El artículo 71 de la Ley Orgánica de la defensa al consumidor establece las herramientas adecuadas para que el consumidor sea compensado, pero no son aplicadas correctamente. Muchos de estos perjuicios quedan en la impunidad, esto se debe al valor reducido del producto adquirido, ya que resulta muy costoso la contratación de una defensa legal y también se debe a la presencia de otros obstáculos para el libre acceso a la justicia. Debido a estas razones los consumidores no presentan ningún reclamo y si lo hacen es porque están en disputa productos con un alto valor en el mercado.
- La Ley Orgánica de Defensa al Consumidor no establece una protección concreta a los consumidores ante accidentes suscitados en establecimientos comerciales. Tampoco se ha desarrollado este tema mediante jurisprudencia, por lo que nos hace falta adquirir o mejorar la aplicación de leyes existentes que eviten dejar en indefensión al consumidor.
- El franquiciante tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios y afectación que pueda recibir su nombre comercial. Por lo que, si un establecimiento de tal marca no cumple con las medidas de seguridad e implica un riesgo en la salud de cualquier persona acudir a este, significa que la franquicia está siendo afectada

principalmente en su nombre comercial, se está ganando una mala fama y no por algo que haya hecho directamente el franquiciante.

- En el contrato de franquicia la responsabilidad por el hecho ajeno es importante, donde el franquiciado, quien es el que comete el daño y causa el perjuicio a un tercero cliente o beneficiario de la cadena de franquicia, convierte al franquiciante en responsable por sus hechos o actuaciones.

Bibliografía

Arbaiza, C. (1997). *Los Derechos del Consumidor*. Madrid, España: Aguilar.

Botero, E. (2006). *Temas de responsabilidad civil extracontractual del Estado*. 3ª.

edición. Medellín, Colombia: Editorial Comlibros

Carballo Fidalgo, M. (2003). La responsabilidad civil por lesiones derivadas de caídas

en establecimientos abiertos al público. (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y de 31 de marzo de 2003).

Congreso Nacional de Colombia. Código Civil. [Ley 84 de 1873]. (20 de mayo de 1873). RO. 2 867 de 31 de mayo de 1873.

Congreso Nacional del Ecuador. Ley de Defensa al Consumidor. [Ley 107 de 1990]. (12 de septiembre de 1990). RO. 520 de 12 de septiembre de 1990.

Congreso Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. [Ley 21 de 2000]. (04 de julio de 2000). RO. 116 de 10 de julio de 2000.

Constitución de la República del Ecuador [Const]. (1998).

Constitución de la República del Ecuador [Const]. (1998). (artículo 244)

Constitución de la República del Ecuador [Const]. (2008). 2da Ed. CEP.

Constitución de la República del Ecuador [Const]. (2008). (artículo 66). 2da Ed. CEP.

Corredor, L. (2015). La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros. *Iter Ad Veritatem*, 13, 283-320. Recuperado de:

<http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/1215/1187>

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil. (6 de septiembre de 2004) Resolución No. 40-2004.

- Corredor, L. (2015). La responsabilidad del franquiciante por actos del franquiciado frente a terceros. *Iter Ad Veritatem*, 13, 283-320. Recuperado de: <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/1215/1187>
- Gherzi, C. (1997). *Teoría General de la reparación de daños*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Bogotá, Editorial Heliasta, 1998, pág. 283.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Recuperado de: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199534777.003.0009>
- Joisserand, L. (1982). *El abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá, Colombia: Temis
- Kleidermacher, J. L. (1995). *Franchising; aspectos económicos y jurídicos*. 2a. edición. Buenos Aires, Argentina: Abeledo - Perrot
- Marzorati, J. (2003). *Derecho de los negocios Internacionales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Mazeaud, H. y Tunc, A. (1961). *Tratado técnico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y cuasidelictual* [Traducido al español del francés]. 5ª. edición. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Mendoza, A. (2020). *Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Temos
- Molina Crespo, G. M. (2008). *El procedimiento para la reparación de los derechos del consumidor en el Ecuador, análisis de 3 casos, propuesta de reforma* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10644/499>
- Orrego, J. (2014). La Responsabilidad Extracontractual, Delitos y

Cuasi Delitos Civiles. 15(54), pp. 1- 54. Recuperado de:

https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=16&cad=rja&uact=8&ved=0CDUQFjAFOApqFQoTCLKuwaTS9cgCFQT-ZJgodWS8FEA&url=http%3A%2F%2Fwww.econ.uba.ar%2Fwww%2Fseminario%2Fg189%2FSem%2520de%2520Int%2520y%2520Apl.doc&usg=AFQjCNGOH8mRNoSi9A8yhGrhh4IA28_1_Q&sig2=aDxGd-wRCJV9pMMi8xA5g&bvm=bv.106379543,d.eWE

Posada, O. C. V. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Universidad de la Sabana.

Rojas, S. (2010). La Responsabilidad del Franquiciador ante Terceros Clientes del Franquiciado: Un Asunto frente al cual el Derecho Comercial está en Mora. *Revista Opinión Jurídica*. Recuperado de http://www.scielo.unal.edu.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302010000100008&lng=es&nrm=

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil T1*. Bogotá, Colombia: Legis

Torres, A. (2006). *El Contrato de Franquicia en el Derecho Mexicano*. Ciudad de México, México: Porrúa.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (6 de febrero de 2003) S.n.

Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil. (31 de marzo de 2003) S.n.

Zarra, M. M. N. (2005). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual* (Doctoral dissertation, Universidade da Coruña).